

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

L'offre de services et produits financiers sur Internet

Rolin Jacquemyns, Laetitia

Published in:

Revue de Droit Commercial Belge = Tijdschrift voor Belgisch Handelsrecht

Publication date:

2000

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Rolin Jacquemyns, L 2000, 'L'offre de services et produits financiers sur Internet', *Revue de Droit Commercial Belge = Tijdschrift voor Belgisch Handelsrecht*, Numéro 2, p. 71-89.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Les services et produits financiers, déjà largement dématérialisés dans les économies développées, se prêtent facilement à une offre sur internet. Le réseau des réseaux, par sa nature mondiale et décentralisée, permet une démultiplication presque infinie des canaux de distribution, en particulier dans le domaine du trading boursier sur internet ("online securities trading"). Ce secteur à part entière du commerce électronique connaît un essor fulgurant. Ainsi, aux États-Unis, précurseurs en la matière, 8,5 millions de comptes étaient recensés en mars 1999, auprès de 80 brokers "online", totalisant 523 milliards de dollars d'actifs. Il s'agit souvent de "discount brokers", qui, moyennant des commissions peu élevées, permettent uniquement la passation d'ordres, sans fournir de conseils à l'investisseur. L'Europe est déjà rattrapée par le phénomène. C'est ainsi que quelques banques et sociétés de bourse belges se sont récemment lancées dans l'aventure du trading boursier². Toutefois, un tel développement ne va pas sans susciter de nombreux écueils juridiques.

Dans le cadre de la présente étude, seront analysées les questions suivantes: la loi applicable aux contrats conclus avec les clients-investisseurs, la répartition des compétences entre autorités de régulation financière, le problème de l'identification des clients au regard des exigences légales en matière de blanchiment de capitaux, la force probante des documents électroniques dans les relations contractuelles entre le client et l'intermédiaire financier, l'application de certaines règles de conduite (obligations de connaissance et information de l'investisseur), le délit d'initié et le délit de manipulation de cours, la protection du consommateur à la lumière de la récente proposition modifiée de directive européenne sur la commercialisation des services financiers à distance, et enfin les obligations en matière de politique générale et d'organisation incombant aux prestataires financiers opérant en ligne.

Une attention particulière sera portée à la note circulaire relative aux services financiers sur internet que la Commission bancaire et financière (CBF) a rendue publique le 9 mars 1999³. Cette note est conçue comme une base de discussion à l'adresse des milieux professionnels concernés, en vue de l'adoption à terme d'une recommandation en bonne et due forme. La Commission y dresse un inventaire des "points requérant une attention particulière sous l'angle prudentiel" en ce qui concerne la fourniture de services financiers en ligne.

Compte tenu du caractère récent, souvent incertain, et hautement évolutif de la matière, le lecteur est invité à considérer le présent article comme une première approche prospective du problème et non comme une étude exhaustive des nombreuses questions juridiques liées à l'offre de services et de produits financiers par voie électronique⁴.

1. Aspects internationaux

1.1. La question de la loi applicable et l'incidence du droit européen

Lorsque s'établit un rapport contractuel entre un prestataire de services financiers et un client résident d'un autre État membre, trois types de corps de règles sont susceptibles de s'appliquer, voire d'entrer en conflit: des dispositions impératives destinées à protéger les consommateurs, des règles de droit international privé visant à déterminer le droit applicable à une situation contractuelle comportant un ou plusieurs éléments d'extranéité, et enfin des règles communautaires relatives à la libre prestation de services.

a. Détermination de la loi applicable par le biais du droit international privé

La détermination de la loi applicable aux obligations contractuelles entre un prestataire de services financiers et un consommateur résidant dans un autre État membre est régie par la Convention de Rome⁵. Le principe est celui de la liberté de choix de la loi applicable au contrat. Toutefois, l'article 5.2 de la Convention prévoit une dérogation en matière de contrats conclus avec les consommateurs: le choix par les parties de la loi applicable ne peut avoir pour résultat de priver le consommateur de la protection qui lui assurent les dispositions impératives⁶ de la loi du pays dans lequel il a sa résidence habituelle dès lors que l'une des deux hypothèses suivantes est rencontrée: (i) la conclusion du contrat a été précédée dans le pays du consommateur d'une proposition spécialement faite ou d'une publicité et le consommateur a accompli dans ce pays les actes nécessaires à la conclusion du

¹ Tous nos remerciements à Mireille Antoine (CRID) et Stéphanie Francq (UCL) pour leurs précieux conseils.

² *L'Echo* 18 mars 1999; "Internet brokerage in Belgium and Luxembourg", août 1999, étude de Deloitte & Touche disponible sur www.paradigm.be.

³ Il est possible de télécharger cette note sur le site de la CBF <http://www.cbf.be> dans la partie concernant l'internet broking.

⁴ Voy. également: Th. Verbiest, "Les aspects juridiques du trading boursier sur internet", *L'Echo* 20 mai 1999.

⁵ Convention du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, *J.O.C.E.* 9 octobre 1980, n° L 266/, approuvée par la loi du 14 juillet 1987.

⁶ Les règles impératives, encore appelées lois de police ou lois d'application immédiate, s'appliquent "indépendamment de leur appartenance à l'ordre juridique désigné par la règle de rattachement" voyez A. Nuyts, "L'application des lois de police dans l'espace", in *Rev. Crit. de droit internat. privé*, tome 88, janvier-mars 1999, p.33-34.

contrat, (ii) le cocontractant du consommateur ou son représentant a reçu la commande dans ce pays⁷.

Ainsi, en matière de services financiers en ligne, il nous semble que, si le consommateur conclut le contrat sur internet, par exemple en remplissant un formulaire ad hoc sur le site web du prestataire, il doit être considéré comme ayant accompli dans son pays "les actes nécessaires à la conclusion du contrat".

Il est cependant plus délicat de déterminer dans quelle mesure la conclusion du contrat en ligne a été précédée dans le pays du consommateur d'une proposition spécialement faite ou d'une publicité par voie électronique. Dans sa note en réponse à la circulaire précitée de la CBF, l'Association belge des Banques (ABB) considère que le fait pour le consommateur de surfer sur internet, de se rendre sur le site du prestataire et de décider d'y conclure un contrat relève dans le chef du prestataire de la libre prestation de services "passive", qui échappe par conséquent à l'application de l'article 5.2 de la Convention de Rome. Selon l'ABB, seules les offres non sollicitées par courriers électroniques émanant de prestataires de services financiers seraient visées par cette disposition (notion de libre prestation de services "active"). Cette analyse devrait être nuancée. S'il est vrai que le simple fait de se rendre volontairement sur un site web d'un intermédiaire financier est insuffisant à caractériser une libre prestation "active", il convient toutefois d'avoir égard aux nombreuses autres possibilités techniques de démarchage qu'offre internet. A titre illustratif, un prestataire de services financiers pourrait, avec l'aide d'une société de marketing spécialisée en la matière, obtenir qu'une bannière renvoyant directement à son site transactionnel apparaisse à l'écran d'un moteur de recherche, lié à la société de marketing, chaque fois qu'un internaute introduit un mot clé, évocateur des services offerts par le prestataire⁸, dans la fenêtre de soumission du moteur⁹. Selon nous, une telle technique, de plus en plus couramment utilisée, devrait relever du démarchage actif, l'internaute n'étant initialement pas demandeur du service proposé, de sorte que la protection accordée au consommateur par l'article 5.2 de la Convention de Rome devrait pouvoir jouer¹⁰.

Par ailleurs, outre l'article 5.2, l'article 7 de la Convention, relatif aux lois de police, est susceptible d'être invoqué par le consommateur. Cette disposition permet de déroger à la loi normalement applicable dans deux cas.

D'une part, l'article 7.2 permet l'application par le juge des dispositions impératives du for.

D'autre part, l'article 7.1 autorise le recours aux dispositions impératives d'un autre État dès que les trois conditions suivantes sont réunies: (i) la situation doit présenter un lien étroit¹¹ avec ce pays, (ii) selon le droit interne de l'État concerné, les dispositions impératives invoquées doivent être applicables quelle que soit la loi régissant le contrat, (iii) pour décider si effet doit être donné à ces dispositions impératives, il devra être tenu compte de leur nature et de leur objet ainsi que des conséquences qui découleraient de leur application ou de leur non-application.

En ce qui concerne la deuxième condition, qui a trait à la délicate question du champ d'application spatial des lois de police¹², il faut en principe que celles-ci, pour qu'elles trouvent à s'appliquer, contiennent une disposition d'applicabilité dans l'espace. Cependant, de telles dispositions ne se rencontrent pas toujours, de sorte qu'il appartiendra au juge de procéder à une interprétation de l'esprit de la loi afin de déterminer si elle a vocation à s'appliquer.

La proposition de directive sur la commercialisation à distance des services financiers, dont il sera question *infra*, contient à cet égard une disposition particulière. En effet, l'article 11 dispose que le consommateur ne peut être privé de la protection accordée par la directive lorsque la loi qui régit le contrat est celle d'un pays tiers, dès lors que, d'une part, le consommateur a sa résidence sur le territoire d'un des États membres et que, d'autre part, le contrat présente un lien étroit avec la Communauté. Une disposition similaire figure déjà dans la directive sur les clauses abusives (article 6.2¹³), ainsi que dans la directive sur les contrats à distance (article 12.2). La formulation y diffère toutefois dans la mesure où les deux articles précités n'imposent pas la condition de résidence du consommateur¹⁴. Il est fondé de s'interroger sur les

⁷ L'article 5.2 prévoit une troisième hypothèse, mais limitée aux ventes de marchandises. Pour un commentaire de l'article 5: M. Fallon, "Les conflits de lois et de juridictions dans un espace économique intégré. L'expérience de la Communauté européenne", in *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, La Haye, 1995, p. 257, n° 149.

⁸ Par exemple, si un internaute tape les mots *internet trading*, une bannière publicitaire pourrait apparaître, renvoyant directement au transactionnel d'une société de bourse étrangère.

⁹ Sur le fonctionnement des moteurs de recherche: Th. Verbiest, "Entre bonnes et mauvaises références - A propos des outils de recherche sur internet", *A & M* mars 1999, p. 34; Th. Verbiest "La responsabilité des outils de recherche sur internet en droit français et droit belge", *Lamy Droit de l'informatique et des réseaux*, juillet 1999, p. 6.

¹⁰ Pour une vue d'ensemble des différentes possibilités de traitement invisibles sur internet, voyez: J.-M. Dinant, "Les traitements invisibles sur internet", accessible à la page <http://www.droit.fundp.ac.be/crid/ecclip/luxembourg.html>

¹¹ Voir à cet égard les présomptions réfragables définies à l'article 4 de la Convention.

¹² Pour une étude de la question voy. A. Nuyts, "L'application des lois de police dans l'espace", in *Revue critique de droit international privé*, tome 88, n°1, janvier-mars 1999, pp. 31 à 74 et n° 2, avril-juin 1999, pp. 239 à 265.

¹³ Pour une analyse de la portée de l'article 6 de la directive clauses abusives, voy. M. Fallon, "Le droit applicable aux clauses abusives après le transposition de la directive n° 93/13 du 5 avril 1993", in *Revue européenne de droit de la consommation* 1996, pp. 13-17.

¹⁴ "Les États membres prennent les mesures nécessaires pour que le consommateur ne soit pas privé de la protection accordée par la présente directive du fait du choix du droit d'un pays tiers comme droit applicable au contrat, lorsque le contrat présente un lien étroit avec le territoire des États membres".

raisons de cet ajout dans la proposition de directive sur les services financiers à distance¹⁵.

L'articulation entre l'article 5 et l'article 7 de la Convention de Rome est difficile à établir. En effet, si elles visent toutes deux les mêmes dispositions, elles ont néanmoins un champ d'application d'une envergure différente, l'article 7 ayant une portée plus vaste. Selon M. Fallon¹⁶, "*l'article 7 a vocation à concerner l'ensemble des contrats couverts par les articles qui précèdent*". Il faudrait donc admettre que l'article 7 puisse réserver une protection plus étendue aux consommateurs qui ne pourraient invoquer le bénéfice de l'article 5¹⁷.

Si les parties n'ont pas fait choix de la loi applicable, l'article 4 de la Convention de Rome prévoit que le contrat est régi par la loi du pays avec lequel il présente les liens les plus étroits. Toutefois, en matière de contrats conclus avec des consommateurs, l'article 5.3 impose une exception à ce principe en disposant qu'à défaut de choix par les parties, le contrat est régi par la loi du pays où le consommateur a sa résidence habituelle. Le champ d'application de cette disposition est limité aux mêmes hypothèses que l'article 5.2¹⁸. Le consommateur se trouvera donc en mesure de choisir la loi qui lui est la plus favorable.

b. Incidence du droit communautaire

La situation peut encore se compliquer lorsque le résultat de ce jeu de règles de conflit de lois aboutit à l'application d'une règle impérative susceptible de constituer une entrave à la liberté de prestation de services¹⁹.

En pareille hypothèse, il convient de procéder à une analyse en trois temps:

- (1) la règle en question relève-t-elle d'un domaine harmonisé?
- (2) dans la négative, la disparité qu'elle implique constitue-t-elle réellement une restriction à la libre prestation de services?
- (3) si c'est le cas, l'entrave sera néanmoins admise à condition qu'elle soit: (i) justifiée par des raisons impérieuses d'intérêt général, (ii) objectivement nécessaire,

(iii) proportionnelle au but poursuivi et (iiii) non discriminatoire²⁰.

En ce qui concerne les dispositions impératives qui relèveraient d'un domaine harmonisé, en principe, toute entrave à la libre prestation de services devrait être exclue dans la mesure où l'harmonisation suppose le rapprochement des législations des États membres²¹.

Toutefois, les clauses dites d'harmonisation minimale figurant dans de nombreuses directives relatives la protection des consommateurs permettent aux États membres de prendre des mesures plus protectrices que celles édictées par le texte européen à transposer. De la sorte, des disparités peuvent apparaître, même dans des matières harmonisées.

De surcroît, même en l'absence de clause d'harmonisation minimale, certains textes communautaires peuvent conférer aux États membres, à propos de dispositions particulières, une certaine latitude ou leur autoriser des alternatives.

Ainsi, la proposition de directive concernant la commercialisation à distance des services financiers auprès des consommateurs prévoit un délai de rétractation compris dans une fourchette de 14 à 30 jours (voir *infra*). Les risques de disparité entre États membres sont donc évidents. Consciente de cet écueil, la Commission européenne a inséré un article 4.1 b) rédigé comme suit: "*lorsque le fournisseur respecte le délai de rétractation prévu par la législation de l'État membre où il est établi, il n'est pas tenu de respecter un délai de rétractation différent qui serait prévu par l'État membre où réside le consommateur*". Ce faisant, la Commission reprend en quelque sorte la main dans le jeu des règles de conflit. En effet, en vertu de l'article 20 de la Convention de Rome, la primauté est accordée aux règles de conflit de loi²² qui sont contenues dans les actes émanant des institutions des Communautés européennes.

Il eût sans doute été plus cohérent de prévoir un délai uniforme, au lieu d'être contraint de déroger à l'esprit de la Convention de Rome qui consacre le domicile du consommateur.

¹⁵ Par ailleurs, plus délicate est la détermination de la nature de la règle édictée par l'article 11 de la proposition de directive. Celle-ci fonctionnerait de manière un peu comparable à l'article 7 de la Convention de Rome, si ce n'est que l'article 7 trouverait à s'appliquer même en l'absence de choix de la loi applicable, alors que l'article 11 de la proposition de directive viserait "*à contrer l'utilisation faite par les parties de l'autonomie de la volonté*". M. Fallon, "Le droit applicable aux clauses abusives,..." , *o.c.*, p.14

¹⁶ M. Fallon, "Le droit applicable aux clauses abusives après,..." , *o.c.*, p. 10.

¹⁷ *Idem*.

¹⁸ Voir article 5.2 et 5.3 de la Convention.

¹⁹ Comme le fait remarquer M. Tison, "*les règles de conflit ne sauraient constituer en elles-mêmes une restriction à la libre circulation, puisqu'elles se bornent à indiquer quel droit est applicable à une relation internationale*", voy. "Lecture critique de la communication interprétative", in *Rev. banque*, 1995/3, p. 172.

²⁰ Pour un exemple d'analyse faite en matière de services financiers voy. l'arrêt *Alpine Investment Inc.*, *Rec. C.J.C.E.* 1995, I-1178-1180.

²¹ Dans ce cas, le bon sens dicterait que les règles déterminant la loi applicable soient utilisées de manière économe. Ainsi, selon A. Nuyts, "*la convergence des règles matérielles nationales devrait ainsi entraîner, en matière contractuelle, un renforcement du rôle échu à l'autonomie de la volonté. La législation nationale qui transpose un acte communautaire d'harmonisation dans le domaine du droit privé ne devrait pas sortir ses effets lorsque la loi normalement applicable au contrat comporte des dispositions suffisamment équivalentes dérivant du même instrument communautaire*". A. Nuyts, "L'application des lois de police dans l'espace. Réflexions au départ du droit belge de la distribution commerciale et du droit communautaire", in *Revue critique de droit International Privé*, n° 88, avril-juin 99, p. 260.

²² Pour peu que la règle énoncée ici puisse être considérée comme une règle de conflit de lois.

1.2. Répartition de compétences entre autorités de régulation

Avec l'apparition du commerce électronique, les produits et services financiers sont devenus commercialisables directement depuis n'importe quel point du globe, jusqu'à des contrées lointaines et complaisantes où les contraintes réglementaires rencontrées dans les pays industrialisés peuvent d'avérer moindres, voire inexistantes.

Dans ces conditions, quelle sera l'autorité de régulation compétente lorsqu'un même produit financier est offert sur internet, depuis un site consultable dans le monde entier? Comment éviter une compétence "universelle" de toutes les autorités de régulation par rapport à une même opération financière?

C'est notamment pour tenter d'apporter des éléments de réponse à ces questions que l'Organisation Internationale des Commissions de Valeur (OICV), regroupant les autorités de régulation financière des principaux pays industrialisés, a adopté en septembre 1998 un ensemble de recommandations sur l'offre des services financiers via internet²³.

Plusieurs autorités de régulation, dont la CBF, se sont déjà largement inspirées de ces recommandations dans le cadre de leurs réflexions sur le sujet²⁴.

L'OICV recommande en premier lieu que les régulateurs précisent dans quelles circonstances ils exerceront leur autorité sur les offres faites par internet et sur leurs émetteurs, étant précisé que cette responsabilité ne peut être déléguée à l'État d'origine de l'offre.

Les critères de compétence défendus par l'OICV sont de trois ordres:

(1) si l'offre de produits ou de services par un émetteur ou un prestataire de services d'investissement a lieu dans la juridiction du régulateur ou si cette offre est réalisée depuis l'étranger mais son impact est significatif sur les investisseurs ou les marchés de la juridiction du régulateur, celui-ci peut s'estimer compétent et donc imposer à l'émetteur ou au prestataire le respect de ses règles. Tel

pourrait être le cas si le site web génère une demande importante de la part des investisseurs résidant dans la juridiction du régulateur.

(2) si l'offre peut raisonnablement et objectivement être considérée comme adressée aux citoyens d'un État particulier, son autorité de régulation pourra se déclarer compétente (critère de destination).

(3) dans tous les cas, les autorités de régulation restent compétentes en cas de fraudes lésant ou susceptibles de léser les investisseurs qu'elles ont pour mission de protéger.

Les débats se focalisent essentiellement sur le critère de destination. Les facteurs envisagés à cet égard par l'OICV tiennent principalement au contenu du site, à son caractère passif ou actif et à la facilité d'accès à la transaction. Ainsi, afin de fonder leur compétence, les régulateurs pourront notamment avoir égard aux facteurs suivants:

- le site comporte les éléments nécessaires pour qu'un investisseur décide d'acheter un produit ou un service financier;
- l'information diffusée est manifestement destinée aux investisseurs de la juridiction du régulateur. Les indices à cet égard peuvent être multiples: langue utilisée, indication de prix en devise locale, référence au traitement fiscal des services et produits dans la juridiction du régulateur, relais dans la presse locale des coordonnées du site et de l'information ou des services qu'il propose, etc. Il est intéressant de relever à cet égard que certaines autorités de régulation ont cité, comme autres techniques visant à cibler un marché déterminé, les référencements opérés dans les outils de recherche locaux. Ainsi, l'autorité de régulation britannique, la Financial Services Authority (FSA), dans sa recommandation de février 1998 intitulée *"Treatments of material on overseas internet World Wide Web sites accessible in the UK but not intended for investors in the UK"*²⁵, a notamment retenu comme critère possible de sa compétence le fait pour un prestataire étranger de notifier l'existence de son site à un moteur de recherche spécialisé dans l'indexation de sites britanniques²⁶. Dans une "Communication" du 7 juillet 1999 relative à la promotion et l'offre de services financiers sur internet, l'autorité de régulation italienne (CONSOB) a été dans le même sens. A notre avis, la notification volontaire d'un site à un outil de recherche local (moteur de recherche ou annuaire) peut en effet révéler une intention de cibler un marché national déterminé. Il convient toutefois d'être prudent et de ne pas généraliser:

²³ "Securities Activity on the internet", disponible sur <http://www.iosco.org>. Cinq lignes directrices ont inspiré les membres de l'OICV: (1) les principes fondamentaux qui sous-tendent la régulation financière doivent demeurer inchangés quel que soit le médium utilisé, (2) les régulateurs doivent veiller à ne pas entraver inutilement l'utilisation légitime d'internet par les acteurs du marché financier, (3) ils doivent s'efforcer de déterminer avec clarté et cohérence comment leur réglementation s'applique à internet, (4) ils doivent coopérer et échanger des informations afin de surveiller et réprimer les fraudes financières sur internet, (5) ils doivent reconnaître que les média électroniques et leur utilisation vont encore fortement évoluer.

²⁴ Notamment: Pays-Bas (Stichting Toezicht Effectenverkeer), note circulaire du 14 juin 1999; France (Commission des opérations Bourse), recommandation du 19 novembre 1998; Italie (CONSOB), communication du 7 juillet 1999; et Canada (Canadian Securities Administrators), proposition du 18 décembre 1998 d'une "National Policy on trading in securities using the internet and other electronic means", disponible sur <http://www.osc.gov.on.ca/en/Regulation/Rulemaking/Policies/np47-201.html>.

²⁵ Pour un commentaire de cette recommandation: D. Tunkel, "Regulating financial services on the internet: what will the financial services and markets bill achieve?", *Butterworths Journal of International Banking and Financial Law* avril 1999, p.133.

²⁶ "whether those responsible for the content of the site and/or sponsors or advisers to those providing the investment services appear to have notified the existence of the site to a UK search engine or to the UK section of a search engine or to any other UK orientated compendium of World Wide Web sites or listing of investments opportunities" (p. 6).

les moteurs de recherche indexent les sites de manière automatisée et sans aucune intervention humaine. Le référencement par notification d'opérateurs de sites est toujours une méthode d'indexation subsidiaire. En revanche, les annuaires ou répertoires, qui se présentent sous forme de listes de sites disposées selon des catégories et des sous-catégories, sont gérés "manuellement" sur la base de formulaires en ligne complétés par les propriétaires des sites eux-mêmes²⁷. Il ne s'agit donc pas d'une indexation automatique effectuée par un "robot", mais d'un référencement humain et volontaire. Ainsi, le fait pour un prestataire de services financiers de faire figurer son site transactionnel dans un annuaire "local" devrait pouvoir être retenu comme critère de compétence, au sens des recommandations de l'OICV²⁸;

- le fournisseur de services accepte des demandes de citoyens relevant de la juridiction du régulateur;
- le prestataire utilise des techniques de démarchage actif telles que le courrier électronique ou d'autres media pour "pousser" ("push") l'information vers le citoyen de l'État de destination²⁹.

En sens inverse, certains facteurs peuvent conduire un régulateur à se considérer incompétent:

- le prestataire précise clairement à qui son offre est destinée;
- le site web contient une liste des juridictions dans lesquelles il a été ou n'a pas été autorisé à faire des offres de services financiers par internet.
- le prestataire prend des précautions raisonnables pour éviter d'offrir ses services aux résidents de l'État du régulateur³⁰.

Lors de l'élaboration de ces recommandations, l'OICV a été directement influencée par une communication inter-

prétative de mars 1998 émanant d'une autorité de régulation américaine, la Securities and Exchange Commission (SEC)³¹. En ce qui concerne la notion de "précautions raisonnables", la SEC y précise que le fait d'attribuer aux nouveaux clients un mot de passe moyennant communication préalable en ligne d'une adresse postale et d'un numéro de téléphone étrangers est considéré comme une procédure raisonnable. De plus, le régulateur américain estime que le prestataire "offshore" ne peut être tenu pour responsable des éventuelles fausses déclarations qui seraient faites à cet égard par des résidents américains, sauf s'il existe des indices permettant de croire que le client serait en réalité de nationalité américaine (par exemple paiement d'ordres par chèques tirés sur une banque américaine) et que le prestataire ne procède pas à de plus amples investigations pour s'assurer que tel n'est pas le cas (par exemple obtention par fax d'une copie du passeport)³².

En l'absence d'un système international d'agrément, le régime préconisé par l'OICV a l'avantage d'être souple et adapté aux spécificités d'internet, même si son application pourra s'avérer dans certains cas hasardeuse³³. Nous regrettons toutefois que, manifestement par souci de compromis, l'OICV ait estimé nécessaire de retenir le critère de l'"impact significatif" sur le marché national, bouteille à encre de nature à permettre toutes les interprétations. En

²⁷ Le plus connu est Yahoo!. Voy.: <http://www.yahoo.com>, et sa version française: <http://www.yahoo.fr>.

²⁸ Pour une description précise du fonctionnement des moteurs de recherche: Th. Verbiest, "Entre bonnes et mauvaises références – A propos des outils de recherche sur internet", *A & M* mars 1999, p. 34; Th. Verbiest "La responsabilité des outils de recherche sur internet en droit français et droit belge", *Lamy Droit de l'informatique et des réseaux* juillet 1999, p. 6.

²⁹ A cet égard, ainsi que nous l'avons déjà relevé *supra* à propos de la loi applicable aux contrats conclus avec des consommateurs, certaines techniques de démarchage actif propres à internet, en particulier en relation avec les moteurs de recherche, pourraient également être retenues comme critères de compétence.

³⁰ Dans sa circulaire sur les services financiers par internet, la CBF recommande d'ailleurs à ses membres des précautions similaires: mentionner sur le site la zone géographique couverte, ne pas créer "d'incompatibilité" avec la zone géographique visée, refuser de conclure des transactions avec des ressortissants non compris dans la zone en question, p. 9. Par ailleurs, dans sa note précitée, la FSA utilise notamment les critères suivants pour déterminer dans quelle mesure une publicité est dirigée vers ses citoyens: "Whether or not the site contained disclaimers and warnings, present on the home page,.... Which either stated: that the investment services were, as a matter of fact, available only in certain countries (and if so stating which one), or (where the investment services were not restricted by their nature to specific countries) that the investment services were not available in those jurisdictions where the firm was not authorised or permitted by local laws to promote or sell the product, or stating the countries where the services were, or were not, available legally. Whether the content of the site was written in a manner which made it clear that it was not aimed at UK investors", p.6.

³¹ "Use of the internet web sites to offer securities, solicit securities transactions, or advertise investment services offshore", 23 mars 1998, disponible sur le site <http://www.sec.gov>. La SEC y précise que sa compétence est écartée lorsque trois conditions sont réunies: (i) l'existence d'un avertissement, bien mis en évidence, indiquant que l'offre n'est pas destinée au public américain, (ii) la mise en oeuvre de procédures "raisonnables" permettant d'exclure les ventes à des résidents ou citoyens américains, (iii) le site n'est pas conçu de manière à "cibler" le public américain.

³² Pour un commentaire: W. Brown, "SEC regulates the sale of securities on the internet", *International Financial Law Review* juillet 1998, p. 28. La doctrine de la SEC a également inspiré le régulateur australien (Australian Securities Investments Commission), qui a adopté en septembre 1998 une recommandation similaire ("Offers, Invitations and Advertisements of Securities on the internet", disponible sur <http://www.asic.gov.au>). Pour un commentaire: W. Long, "Legal principles for regulating financial services on the internet", *Butterworths Journal of International Banking and Financial Law* décembre 1998, p. 502.

"Par ailleurs, il est à noter que l'autorité de régulation allemande, la Bundesaufsichtsamt für das Kreditwesen (BAKred), n'exige pas la mise en place de procédures "raisonnables" permettant d'exclure les ventes à des résidents allemands. Sa politique en la matière se résume à ceci: elle n'entend pas exercer sa juridiction sur des sites internet de langue étrangère et qui ne ciblent pas le marché allemand (absence d'adresses de contact en Allemagne, ou d'informations orientées vers le marché allemand, et avertissement en page d'accueil sur le fait que les services et produits proposés n'ont pas l'agrément du régulateur allemand). Il est vrai toutefois que la situation n'est pas comparable, du simple fait de la moindre diffusion de la langue allemande sur le réseau. Voy. la Recommandation de la BAKred disponible sur <http://www.bakred.de>.

³³ Par exemple, qu'advient-il d'un site transactionnel en zone ".com" qui n'est pas la vitrine d'un broker traditionnel basé dans un pays déterminé et qui offre, uniquement en langue anglaise, des services et produits financiers en dollars et/ou en euro? Si ce site ne contient aucune information permettant de le rattacher à un pays précis, quelle sera l'autorité de régulation compétente? En pareille hypothèse, le risque sera grand de voir plusieurs autorités de régulation se déclarer compétentes.

effet, à partir de quand un marché est-il "affecté" de manière significative? En tout état de cause, un tel principe devrait être manié avec prudence dans la mesure où un site peut connaître un engouement dans certains pays, sans que leurs ressortissants n'aient été spécialement "ciblés" par le fournisseur³⁴.

Il convient à présent d'examiner la position développée par la Commission européenne relativement à l'obligation de notification en matière d'offres transfrontalières de services financiers sur internet, et de la mettre en parallèle avec les recommandations de l'OICV.

Les conditions auxquelles sont soumises les activités de libre prestation de services bancaires et d'investissement ont été définies respectivement par la deuxième directive bancaire et la directive sur les entreprises d'investissement. Le principe est le suivant: tout établissement de crédit ou toute entreprise d'investissement qui désire exercer pour la première fois ses activités directement sur le territoire d'un autre État membre doit respecter une procédure de notification préalable à l'autorité de contrôle de l'État membre d'origine³⁵. Toutefois, une dématérialisation croissante des services financiers a généré des d'incertitudes en ce qui concerne le champ d'application territorial de ce régime. C'est la raison pour laquelle la Commission a publié, sous la forme d'une communication³⁶, son interprétation concernant la libre prestation de services et l'intérêt général. En ce qui concerne l'obligation de notification, la Commission propose de la subordonner à la localisation de la prestation caractéristique, à savoir la prestation essentielle pour laquelle le paiement est dû. À l'égard des prestations opérées par internet, elle estime qu'une notification n'est pas nécessaire dans la mesure où l'établissement de crédit ne peut être considéré comme exerçant ses activités sur le territoire du client. Cette conclusion ne manque pas de surprendre³⁷. À contre-courant des recommandations de l'OICV, elle ne tient absolument pas compte des particularités d'internet.

La CBF³⁸ ne s'est heureusement pas engagée dans cette voie. En effet, dans sa circulaire précitée sur les services financiers par internet, elle estime que seule la publicité de notoriété est exemptée de l'obligation de notification: "*il convient de considérer qu'une prestation de services*

est transfrontalière non seulement lorsque la prestation caractéristique a lieu sur le territoire d'un autre État membre, mais également lorsque l'entreprise sollicite des investisseurs dans cet autre État soit en se déplaçant, soit en ayant recours à des techniques de vente à distance ou à des procédés de publicité autres que la publicité de notoriété".

2. Blanchiment de capitaux: le problème de l'identification à distance des clients

2.1. Position du problème

Conformément à la directive du 10 juin 1991 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux qu'elle transpose, la loi du 11 janvier 1993, telle que modifiée par la loi du 10 août 1998 (M.B. 15 octobre 1998), impose aux banques et intermédiaires financiers de s'assurer de l'identité de leurs clients au moyen d'un document probant dont il est pris copie au moment où se noue la relation d'affaires.

En outre, la même identification est exigée pour toute autre personne qui souhaite réaliser une opération dont le montant atteint ou excède 10.000 euro, qu'elle soit effectuée en une seule ou plusieurs opérations entre lesquelles il existe un lien.

L'identification est requise, même si le montant de l'opération est inférieur à 10.000 euro, dès qu'il y a soupçon de blanchiment de capitaux.

En cette matière, le problème posé par l'offre de services et produits financiers via internet est parfaitement résumé par la lettre circulaire précitée du 9 mars 1999 de la CBF:

"L'établissement peut, via internet, atteindre des personnes qui, si elles souhaitaient nouer une relation d'affaires avec l'établissement, ne pourraient pas être identifiées facilement par un contact "face à face" pour des raisons de distance géographique.

La loi du 11 janvier 1993 n'établit pas de distinction selon qu'une relation d'affaires ou une opération se noue au moyen d'un contact "face à face" ou d'un contact par courrier, télécopie, e-mail ou internet. ... Il est évident que l'absence de contact direct avec le client ne peut porter atteinte au respect par l'établissement de son obligation d'identification des clients".

La question posée est la suivante: le cadre légal existant pourrait-il autoriser une identification des clients autrement que par la pratique actuelle, à savoir la présentation de la carte d'identité ou d'un document assimilé (par exemple passeport ou permis de conduire³⁹) lors de l'ouverture d'un compte?

³⁴ Un tel critère n'a d'ailleurs pas été retenu par la SEC.

³⁵ Article 20.1 de la Deuxième directive 89/646/CEE du Conseil, du 15 décembre 1989, visant à la coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et son exercice, et modifiant la directive 77/780/CEE, J.O.C.E., n° L 386, 30 décembre 1989, p.1

Article 18 de la directive 93/22/CEE du Conseil, du 10 mai 1993, concernant les services d'investissement dans le domaine des valeurs mobilières, J.O.C.E., n° L 141, 11 juin 1993, p. 27.

³⁶ Communication interprétative 97/C 209/04 de la Commission relative à la libre prestation de services et l'intérêt général dans la deuxième directive bancaire, J.O.C.E., n° C209/6, 10 juillet 1997, p.10 et s.

³⁷ Pour une analyse critique de cet aspect de la Communication interprétative de la CBF: J.-F. Lerouge, "La libre prestation de services bancaires virtuels", J.T. droit européen mai 1999, p.111.

³⁸ Circulaire de la Commission bancaire et financière du 9 mars 1999 sur les "services financiers par internet", p. 8.

³⁹ À noter que pour les clients de nationalité belge, seule la carte d'identité est admise.

La question est bien entendu cruciale pour l'avenir du commerce électronique de services financiers, qui suppose que des techniques d'ouverture de comptes et d'identification à distance soient reconnues par les autorités.

La CBF en est consciente, ainsi qu'il ressort de sa note précitée: "... Il convient, en l'occurrence, de trouver un équilibre entre, d'une part, un certain degré de flexibilité pour s'adapter au progrès technique et, d'autre part, la sécurité que doit garantir une identification correcte".

S'inspirant des "Principes relatifs à l'identification des clients (personnes physiques) dans les opérations financières à distance" édictés par la Commission européenne en octobre 1996, la CBF pose les conditions de base suivantes: garantie d'une identification adéquate, inapplicabilité de la procédure si l'établissement soupçonne ou dispose d'indications permettant de croire que le client évite précisément le contact face à face pour dissimuler sa véritable identité et/ou qu'il est question de blanchiment des capitaux, attention particulière de la part des auditeurs internes et externes de l'établissement.

Il convient en premier lieu d'observer que la loi du 11 janvier 1993, et la directive européenne, ne définissent pas la notion de "document probant" (article 4 de la loi). En Belgique, la notion a été précisée récemment par une circulaire 99/3 de la CBF⁴⁰.

Pourrait-il s'agir d'un document d'identification électronique?

En France, dans un rapport publié le 19 novembre 1998 ("Les marchés financiers à l'heure d'internet"), la Commission des Opérations de Bourse s'est déclarée favorable au développement de la cryptologie comme moyen d'assurer l'identification des clients et la preuve des transactions, au regard notamment des exigences légales en matière de lutte contre le blanchiment des capitaux⁴¹.

Aux États-Unis, le Congrès a été saisi le 29 avril 1999 d'une proposition sénatoriale de loi fédérale, intitulée "Electronic Securities Transactions Act", visant à "légaliser" l'usage des signatures digitales par les intermédiaires financiers dans leurs relations contractuelles avec leurs clients. La proposition de loi prévoit ainsi explicitement que la signature digitale pourra être considérée comme une preuve suffisante de l'identité et du consente-

ment du client⁴². Le 21 juillet 1999, le "Finance Subcommittee" de la Chambre des Représentants a voté un projet de loi intitulé "Electronic Signatures in Global and National Commerce Act" dont le Titre III vise à permettre l'ouverture de comptes par voie exclusivement électronique⁴³.

Au niveau international, l'OICV, dans son document précité ("Securities Activity on the internet"), recommande aux autorités de régulation des États Membres de "clarifier si, et le cas échéant dans quelles circonstances, l'utilisation de technologies d'identification est admise et quand les signatures manuscrites sont requises"⁴⁴.

2.2 La certification électronique

D'un point de vue technique, la méthode d'identification la plus sûre s'avère être la certification électronique.

Ce système de certification repose en partie sur la cryptographie asymétrique, qui permet de sécuriser les communications par le chiffrement des messages envoyés. Toute personne qui y a recours reçoit deux clés générées de telle sorte qu'un message encrypté avec l'une ne pourra être déchiffré qu'avec l'autre. L'une des clés reste secrète et n'est connue que du titulaire à qui les clés ont été attribuées, l'autre est rendue publique et aisément accessible. Si la communication entre les parties est dès lors sécurisée, tous les problèmes ne sont pas résolus dans la mesure où le destinataire du message ne peut toujours pas vérifier l'identité de l'expéditeur. C'est ici qu'intervient la certification électronique. Le certificat représentera le lien entre une personne physique et une clé publique. Pour que cette liaison soit fiable, il faut idéalement qu'elle soit réalisée par une partie tierce à la relation entre l'expéditeur et le

⁴² Le projet de loi est disponible in extenso sur <http://techlawjournal.com/cong106/securities/s921is.htm>. Toutefois, il convient de noter des voix discordantes. Ainsi, l'autorité de régulation néerlandaise (Stichting Toezicht Effectenverkeer), dans une circulaire du 14 juin 1999 relative aux services financiers via internet, n'a pas entendu se départir du système traditionnel: "De eerste identificatie van een nieuwe cliënt, alsmede de cliëntenovereenkomst, mogen niet exclusief via het internet tot stand komen. De cliëntenovereenkomst moet zijn voorzien van originele handtekening van de cliënt en de datum van ondertekening en dient altijd in originele vorm worden bewaard en mag dus niet uitsluitend op elektronische wijze worden bewaard". De même, en France, le Conseil des Marchés financiers, par une décision 99-07 du 15 septembre 1999 sur les opérations de bourse via internet, a rappelé l'obligation de prendre copie d'une pièce d'identité (passeport, carte d'identité, permis de conduire), outre un relevé d'identité bancaire ou un chèque annulé et un justificatif de domicile du futur client.

⁴³ <http://techlawjournal.com/cong106/digsig/hr1714tll.htm>

⁴⁴ On peut également lire dans le rapport de l'OICV: "In addition, when opening an account or accepting an order, broker-dealers may be required to identify the customers. This is especially important for preventing money laundering activities. Broker-dealers can comply with the requirements by confirming the identity of prospective customers by means other than the internet (e.g. - face to face contact, or correspondence to ordinary mail), rather than completing the account opening procedure over the internet. It is more likely, however, that where this possibility exists, broker-dealers will verify the identity of the person who sent an order or opened an account over the internet through the use of electronic verifications services offered by certificate authorities." Le rapport de l'OICV est disponible sur son site www.iosco.org, voy. en particulier p. 19 et 33.

⁴⁰ La CBF a émis le 3 mai 1999 une circulaire qui contient les instructions coordonnées relatives à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins de blanchiment de capitaux.

⁴¹ Rapport disponible sur le site de la COB, www.cob.fr, voy. en particulier p. 28 à 31.

destinataire. Cette tierce personne, appelée "autorité de certification", se chargera de la vérification de l'identité de la personne pour laquelle elle émettra le certificat. Celui-ci contiendra les informations suivantes: l'identité de la personne, sa clé publique, l'utilisation possible de la clé, la date de validité du certificat, un numéro de série, l'identité de l'autorité de certification ainsi que sa signature digitale⁴⁵. Il existe généralement trois types de certificats qui correspondent à différents niveaux de vérification de l'identité. La sécurité maximale est atteinte lorsque l'autorité de certification rencontre physiquement la personne qui requiert la délivrance d'un certificat.

En ce qui concerne l'étape particulière de la vérification de l'identité et de la délivrance du certificat, l'autorité de certification peut déléguer cette tâche à une autre organisation appelée autorité d'enregistrement. Cette dernière reçoit le pouvoir de procéder à la vérification de l'identité des personnes qui font une demande de certificat ainsi que d'initier le processus de génération au nom de l'autorité de certification. Une telle délégation est justifiée par la volonté de rendre la délivrance de certificats plus proche de l'utilisateur. Ces autorités d'enregistrement sont en général de deux types: soit il s'agit d'une entité proche du destinataire (par exemple un département des ressources humaines), soit il s'agit d'une entité qui jouit d'une position de confiance particulière (par exemple les chambres de commerce).

C'est, selon nous, à ce stade que la certification électronique est susceptible de répondre aux conditions prescrites par la CBF et la Commission européenne. En effet, un établissement financier pourrait devenir lui-même autorité d'enregistrement et procéder à la vérification de l'identité des demandeurs de certificats "à usage financier" en ayant pour tâche principale d'être particulièrement attentif au respect des exigences légales en matière de blanchiment de capitaux. Les certificats ainsi délivrés pourraient ensuite être réutilisés auprès d'autres prestataires de services⁴⁶.

2.3. La proposition de modification de la directive européenne sur le blanchiment de capitaux

La Commission Européenne a présenté le 14 juillet 1999 une proposition visant à actualiser et à étendre le champ d'application de la directive de 1991 sur le blanchiment de capitaux.

Une annexe à la proposition de directive, intitulée "*Identification des clients (personnes physiques) par les établissements de crédit et les institutions financières dans le cas d'opérations financières à distance*", énonce les techniques d'identification sans contact "face à face" qui devraient être à l'avenir admises⁴⁷.

Ainsi, la Commission propose que soient reconnues les procédures d'identification à distance suivantes:

1. Lorsque le client est la contrepartie directe de l'établissement contractant, l'identification, sans contact "face à face", peut être effectuée:

– en fournissant la copie du document d'identité officiel du client, ou du numéro du document d'identité officiel. La Commission précise à cet égard qu'une attention spéciale devra être accordée à la vérification de l'adresse du client lorsque celle-ci est indiquée sur le document d'identité (par exemple en envoyant les pièces afférentes à l'opération à l'adresse du client sous pli recommandé, avec avis de réception). Cette première hypothèse est intéressante en ce qu'elle devrait permettre des identifications par simple communication du numéro de la carte d'identité via courrier électronique "sécurisé", à l'image des achats effectués sur internet par cartes de crédit. Il est à noter qu'un tel système ne serait pas une première: certains pays admettent déjà que l'identité des clients soit vérifiée grâce à un accès au Registre national de la popu-

⁴⁷ En rédigeant cette annexe, la Commission s'est inspirée en partie de son document d'octobre 1996 intitulé "*Principes relatifs à l'identification des clients (personnes physiques) dans les opérations financières à distance*". L'esprit de la réforme proposée par la Commission est explicitée dans l'exposé des motifs: "*Dans son premier rapport, le Parlement européen a manifesté sa préoccupation d'un éventuel affaiblissement des obligations d'identification du client, en particulier dans le contexte de la banque directe. Le comité de contact a discuté du problème des transactions à distance à plusieurs reprises et a convenu d'un certain nombre de principes qui devront s'appliquer aux établissements de crédit et aux institutions financières afin de garantir que leurs clients soient correctement identifiés. La Commission est persuadée que les principes ainsi convenus, qui fournissent des orientations utiles tout en ménageant une certaine souplesse d'application, doivent être incorporés à la directive moyennant l'ajout d'une annexe. La Commission est convaincue que cette question doit continuer à faire l'objet d'un suivi attentif prenant en compte les évolutions techniques permanentes du secteur financier*". Voy. également le considérant 26. Par ailleurs, il convient de noter que, dans son rapport annuel 1996-1997, le Groupe d'Action Financière Internationale (GAFI), regroupant 28 pays dont l'Union européenne et tous les États membres, avait déjà souligné le fait que les systèmes d'identification devaient être suivis de près, en tenant compte du développement des transactions électroniques et des services financiers liés aux nouvelles technologies. Dans son deuxième rapport sur l'application de la directive relative au blanchiment de capitaux, la Commission avait approuvé une telle conclusion. Plus récemment, le même souci a été exprimé par la Banque Centrale Européenne, dans un rapport publié en juillet 1999 et intitulé "*The effects of technology on the EU banking system*", p. 35.

⁴⁵ Pour une vue d'ensemble des questions de signature digitale et de certification, voy. M. Antoine et D. Gobert, "Pistes de réflexion pour une législation relative à la signature digitale et au régime des autorités de certification", *R.G.D.C.* septembre 1998, n° 4, pp. 285 à 310. Voyez aussi d'autres articles publiés par le C.R.I.D sur <http://www.droit.fundp.ac.be/crid/contrat/default.htm>. Il est à noter que, le 26 mars 1999, le gouvernement belge a adopté un avant-projet de loi relatif à l'activité des autorités de certification agréées en vue de l'utilisation de signatures digitales.

Voyez également en ce qui concerne le cadre européen la Directive 1999/93/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 1999 sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques, *J.O.C.E.* 19 janvier 2000, N° L 13/12 à 13/20.

⁴⁶ Il est à noter à cet égard que l'OICV, dans son rapport précité (p. 19), a envisagé la certification électronique en ces termes "*It is more likely, however, that where this possibility exists broker-dealers will verify the identity of the person who sent an order or opened an account over the internet through the use of electronic verification services offered by certificate authorities*".

lation ou de la sécurité sociale. Toutefois, il nous semble que la communication d'un numéro de carte d'identité via internet en tant que moyen d'identification serait superflue, voire dangereuse en termes de respect de la vie privée. En effet, le certificat électronique dont question *supra* est de nature à offrir une identification suffisamment fiable, sans qu'il faille par ailleurs faire circuler sur un réseau ouvert un identifiant aussi "puissant" qu'un numéro de carte d'identité;

- le premier paiement afférent à l'opération doit être effectué par l'intermédiaire d'un compte ouvert au nom du client auprès d'un établissement de crédit situé dans l'Union européenne ou dans l'Espace économique européen. Les États membres peuvent autoriser les paiements réalisés par l'intermédiaire d'établissements de crédit de bonne réputation établis dans des pays tiers qui appliquent des normes anti-blanchiment équivalentes;
- l'établissement contractant doit soigneusement vérifier que l'identité du titulaire du compte par l'intermédiaire duquel le paiement est réalisé correspond effectivement à celle du client, telle qu'indiquée dans le document d'identité (ou établie à partir du numéro d'identification). En cas de doute sur ce point, l'établissement contractant doit contacter l'établissement de crédit auprès duquel le compte est ouvert afin de confirmer l'identité du titulaire du compte. S'il subsiste encore un doute, il conviendra d'exiger de cet établissement de crédit un certificat attestant de l'identité du titulaire du compte et confirmant qu'il a été dûment procédé à l'identification et que les informations y relatives ont été enregistrées conformément à la directive.

2. Dans le cas où la contrepartie de l'établissement contractant est un autre établissement agissant pour le compte d'un client:

- a) lorsque la contrepartie est située dans l'Union européenne ou dans l'Espace économique européen, l'identification du client par l'établissement contractant n'est pas requise (article 3, paragraphe 7, de la directive);
- b) lorsque la contrepartie est située hors de l'Union européenne et de l'Espace économique européen, l'établissement doit vérifier son identité (à moins qu'elle ne soit bien connue) en consultant un annuaire financier fiable. En cas de doute à cet égard, l'établissement doit demander confirmation de l'identité de sa contrepartie auprès des autorités prudentielles du pays tiers concerné. L'établissement est également tenu de prendre "des mesures raisonnables en vue d'obtenir des informations" sur le client de sa contrepartie (le bénéficiaire effectif de l'opération) (article 3, paragraphe 5 de la directive). Ces "mesures raisonnables" peuvent se limiter – lorsque le pays de la contrepartie applique des obligations d'identification équivalentes – à demander le nom et l'adresse du client, mais il peut y avoir lieu, lorsque ces obligations ne sont pas équivalentes, d'exiger de la contrepartie un certificat confirmant que l'identité du client a été dûment vérifiée et enregistrée.

3. Les procédures susmentionnées sont sans préjudice de l'emploi d'autres méthodes qui, de l'avis des autorités compétentes, pourraient offrir des garanties équivalentes en matière d'identification dans le cadre d'opérations financières à distance.

Le système préconisé par la Commission devrait pouvoir s'adapter aux exigences du commerce électronique, dans la mesure où, d'une part, il autoriserait une identification par un autre établissement de crédit au moyen d'un certificat⁴⁸, lequel pourrait également être "électronique", et où, d'autre part, il permettrait le recours à d'autres techniques offrant les mêmes garanties. La voie serait ainsi ouverte aux identifications par la technique de la certification électronique, telle que décrite *supra*. Par ailleurs, le système décrit aux points 1 et 2 présenterait l'avantage d'unifier les procédures d'ouverture de relations contractuelles à distance. Cependant, il est loisible à chaque intermédiaire, selon le point 3, d'adopter une procédure différente pour peu que les autorités compétentes considèrent qu'elle offre des garanties équivalentes. L'unification des procédures n'est donc pas pour tout de suite, ce qui risque d'être préjudiciable au développement des services financiers à distance.

3. La force probante des documents électroniques

Dans le cadre des relations financières à distance, de nombreux documents électroniques peuvent être échangés. En cas de litige portant sur une transaction, les parties en présence devront prouver ce qu'elles allèguent, tâche délicate lorsque les éléments de preuve sont essentiellement des documents électroniques ou des impressions de ceux-ci.

3.1 Prééminence de l'écrit à l'égard des non commerçants

Le système probatoire belge, de tradition française, est strictement réglementé. Seuls sont en principe admissibles les moyens de preuve repris aux articles 1341 et suivants du Code civil. En ce qui concerne la charge de la preuve, l'article 1315 du Code civil dispose qu'il appartient à celui qui réclame l'exécution d'une obligation de la prouver, tandis que celui qui se prétend libéré doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation.

La prééminence de la preuve littérale se manifeste dès que l'objet de la transaction dépasse 15.000 francs⁴⁹. Dans ce cas, l'existence et le contenu de l'acte juridique doivent être prouvés par un acte sous seing privé, à savoir

⁴⁸ Cette méthode d'identification est déjà pratiquée en Allemagne. Voy. La Recommandation de la Bundesaufsichtsamt für das Kreditwesen (BAKred), disponible sur <http://www.bakred.de>.

⁴⁹ En droit français, la limite est portée à 5000 FF.

un écrit⁵⁰ original qui s'imposera comme acte sous seing privé pour autant que la signature soit reconnue⁵¹. Ni l'écrit, ni la signature ne font l'objet d'une définition légale. La signature est généralement définie comme étant un graphisme personnel qui permet d'établir la présence physique du scripteur à l'acte et par lequel une personne marque son consentement⁵² au contenu de l'acte. Les deux fonctions remplies par la signature sont donc l'identification du signataire et l'authentification.

En Belgique, il semble difficile, dans l'état actuel des textes et de la jurisprudence, de considérer un enregistrement électronique, un fax ou l'impression d'un courrier électronique comme un écrit parfait au sens de l'article 1341 du Code civil. Toutefois, cette rigueur conceptuelle ne fait pas l'unanimité. D'autres définitions, plus fonctionnelles⁵³, existent et c'est d'ailleurs dans cet esprit que se font pour le moment les travaux de modification du régime de la preuve du Code civil⁵⁴.

En France, en revanche, la Cour de Cassation a pris une position novatrice en la matière, en décidant le 2 décembre 1997 que *"l'écrit (...) peut être conservé sur tout support, y compris par télécopie, dès lors que son intégrité et l'imputabilité de son contenu à l'auteur désigné ont été vérifiées ou ne sont pas contestées"*⁵⁵. L'arrêt a été considéré comme particulièrement significatif dans la mesure où il a été rendu dans une matière caractérisée par un grand formalisme⁵⁶. Toutefois, il est douteux qu'une telle décision puisse être rendue en matière de courrier électronique. Si la télécopie est en général revêtue d'une signature manuscrite qui n'apparaît qu'à l'état de copie sur le document du destinataire, il s'agit néanmoins d'un élément de nature à permettre d'imputer le document à son auteur. Tel n'est pas le cas du courrier électronique, la "signature" n'étant que typographique.

3.2. Liberté de la preuve à l'égard et entre commerçants

Les règles de preuve précitées ne s'appliquent pas lorsque le défendeur est commerçant et a procédé aux opérations litigieuses dans l'intérêt de son commerce. La preuve entre et à l'égard d'un commerçant est donc libre⁵⁷. A titre d'exemple, il a été considéré en France que les actes de commerce se prouvent à l'égard d'une banque en sa qualité de commerçante par toute voie de droit⁵⁸. Le juge reste cependant maître d'apprécier la force probatoire de ce que lui rapportent les parties et reste libre *"d'écarter telle ou telle offre de preuve lorsque le fait ne lui paraît pas pertinent"*⁵⁹. Son pouvoir à cet égard a été qualifié de discrétionnaire⁶⁰.

3.3. Validité des conventions de preuve et influence de la législation sur les clauses abusives

Tant en Belgique⁶¹ qu'en France⁶², il a été considéré que l'article 1341 n'était pas d'ordre public, ce qui permet aux parties d'aménager contractuellement l'administration de la preuve⁶³. Il peut notamment s'agir de déterminer les modes de preuve admissibles ou d'établir une hiérarchie dans la valeur probante des éléments de preuve⁶⁴. L'arrêt de la Cour de Cassation française, dans l'affaire Crédicas⁶⁵, est une application intéressante de cette possibilité en matière bancaire.

Les conventions sur la preuve ne représentent toutefois pas une solution absolue. En effet, certaines limites existent à la libre disposition des parties, la plus intéressante d'entre elles étant sans doute, en matière de services financiers à distance, la réglementation relative aux clauses abusives. La Commission européenne a publié en 1993 une directive concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs⁶⁶. Une annexe à cette directive reprend une liste indicative et non exhaustive de clauses qui peuvent être déclarées abusives. L'une d'elle retiendra particulièrement l'attention: *"est considérée comme abusive, une clause qui a pour objet de supprimer ou d'entraver l'exercice d'actions en justice ou des voies de recours par le consommateur, notamment en obligeant le consommateur à saisir exclusivement une juridiction d'arbitrage non couverte par des dispositions légales, en limitant indûment les moyens de preuves à la*

⁵⁰ Selon N. Verheyden-Jeanmart: "lorsqu'il est question d'acte sous seing privé, on ne discute pas le fait qu'il doit s'agir d'un écrit", in *Droit de la preuve*, Bruxelles, Larcier, 1991, p. 233.

⁵¹ N. Verheyden-Jeanmart, *op. cit.*, p. 271.

⁵² M. Van Quickenborne, "Quelques réflexions sur la signature des actes sous seing privé", note sous Cass. 28 juin 1982, *R.C.J.B.* 1985, p. 69.

⁵³ M. Fontaine, "La preuve des actes juridiques et les techniques nouvelles", in *La Preuve*, colloque U.C.L., 1987, p. 9. Voyez aussi pour une vue d'ensemble des questions qui ont trait aux relations entre signature électronique et preuve: M. Antoine et D. Gobert, *op. cit.*, p. 310 et s.

⁵⁴ Voy. différents liens sur le site du C.R.I.D. concernant les travaux sur la signature digitale en Belgique et à l'étranger: <http://www.droit.fundp.ac.be/liens/default.htm>

Dans l'état actuel des travaux, la principale modification du Code civil qui a été proposée est l'ajout d'un alinéa à l'article 22 qui se présenterait comme suit: *"une signature au sens de cet article peut être un ensemble de données numériques pour autant qu'elle puisse être imputée à une personne déterminée et qu'elle établisse le maintien de l'intégrité de l'acte"*.

⁵⁵ Cass. (fr) com 2 décembre 1997, *D.S.*, 1998, p. 192.

⁵⁶ P. Villeroil, "La télétransmission confrontée au droit de la preuve, un aspect de la banque à distance", in *Banque et Droit*, n° 63, janvier-février 1999, p. 29.

⁵⁷ Article 109 du code de commerce français et 25 du code de commerce belge.

⁵⁸ 21 juin 94, *Bull. civ.* VI, n° 232.

⁵⁹ N. Verheyden-Jeanmart, *op. cit.*, p. 22.

⁶⁰ R. Mougenot, *Droit des obligations. La Preuve*, Bruxelles, Larcier, 1997, p. 113, n° 56.

⁶¹ Voyez par exemple, Cass. 22 mars 1973, *Pas.* 1973, I, 695.

⁶² Cass. (fr) soc., 24 mars 1965, *Bull. civ.* IV, n° 264.

⁶³ Pour une synthèse sur les questions de preuve en matière d'automatisation des paiements, voy. X. Thunis, *Responsabilité du banquier et automatisation des paiements*, Namur, P.U.N., 1996, p. 231 à 242.

⁶⁴ X. Thunis, *op. cit.*, n° 161.

⁶⁵ Cass. Civ., 8 novembre 1989, *DS* 1990, p. 369.

⁶⁶ Directive 93/13/CEE du Conseil, du 5 avril 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, *J.O.C.E.*, n° L 095, 21 avril 1993, p. 29.

*disposition du consommateur ou en imposant à celui-ci une charge de preuve qui, en vertu du droit applicable, devrait revenir normalement à une autre partie au contrat*⁶⁷). Cette clause a été insérée telle quelle dans le code de la consommation français. En droit belge, la loi du 14 juillet 1991⁶⁸ considère comme abusive une clause qui limite les moyens de preuve que le consommateur peut utiliser.

En outre, l'article 13 la proposition de directive sur la commercialisation à distance des services financiers (voir *infra*) prévoit une nouvelle clause abusive: *"Est une clause abusive au sens de la directive 93/13/CEE, la clause contractuelle prévoyant que la charge de la preuve du respect par le fournisseur de tout ou partie des obligations qui lui incombent en vertu de la présente directive incombe au consommateur"*.

3.4. La Directive sur les signatures électroniques

Il est essentiel de relever qu'au niveau européen, la reconnaissance des signatures électroniques devrait devenir réalité sous peu⁶⁹, grâce à l'adoption d'une directive européenne 1999/93/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 1999 sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques⁷⁰.

Le but de la directive sur les signatures électroniques n'est pas de modifier le droit des contrats⁷¹, mais bien d'encadrer une technologie d'identification et d'authentification afin de lui donner une valeur probante.

La directive prévoit qu'une signature électronique ne peut être écartée légalement pour la seule raison de sa forme électronique (notion de recevabilité en justice).

La signature électronique est définie de manière large et neutre d'un point de vue technologique: il s'agit d'"une donnée sous forme électronique qui est jointe ou liée logiquement à d'autres données électroniques et qui sert de méthode d'authentification"

Un statut juridique supérieur est toutefois accordé à la "signature électronique avancée" basée sur un certificat qualifié, et créé par un dispositif sécurisé de création de signature.

La "signature électronique avancée" est définie comme étant "une signature électronique qui satisfait aux exigences suivantes: a) être liée au signataire, b) permettre d'identifier le signataire, c) être créée par des moyens que le signataire puisse garder sous son contrôle exclusif et d) être liée aux données auxquelles elle se rapporte de telle

sorte que toute modification ultérieure des données soit détectable".

Quant à la notion de certificat qualifié, il s'agit d'un certificat (i) délivré par un prestataire de service de certification satisfaisant aux exigences de fiabilité visées à l'Annexe II de la directive, et (ii) qui contient une série de mentions figurant à l'Annexe I de la Directive, telles que l'identité du titulaire, sa clé publique, les limites d'utilisation du certificat, la date de validité du certificat, un numéro de série, l'identité et la signature digitale de l'autorité de certification...

Il ne fait pas de doute qu'en l'état actuel de la technique, ces définitions renvoient en fait à la signature digitale ou numérique, basée sur la cryptographie asymétrique.

Par application de l'article 5 de la directive, les États membres veillent "à ce que les signatures électroniques avancées basées sur un certificat qualifié, et créé par un dispositif sécurisé de création de signature: a) répondent aux exigences légales d'une signature à l'égard de données électroniques de la même manière qu'une signature manuscrite répond à ces exigences à l'égard de données manuscrites ou imprimées sur papier et b) soient recevables comme preuve en justice"⁷².

Il s'agit de la clause dite d'assimilation, à savoir que de telles signatures électroniques (les signatures digitales "certifiées" décrites plus haut à l'heure actuelle) doivent bénéficier de la même force probante que celle accordée aux signatures manuscrites.

4. La protection du consommateur: une initiative européenne en matière de services financiers à distance

La directive 97/7/CE du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrat à distance⁷³, récemment transposée en droit belge par une loi du 25 mai 1999 (M.B. 23 juin 1999) excluait de son champ d'application les services financiers⁷⁴.

Cette exemption se justifiait par la volonté du législateur européen d'adopter un texte spécifique relatif aux contrats à distance en matière de services financiers. Le 19 novembre 1998, la Commission a présenté une proposition directive sur la commercialisation à distance des

⁷² Pour une analyse de la directive et des deux projets de loi belges: Th. Verbiest "Quelle est la validité juridique des contrats en ligne"? *L'Echo* 8 décembre 1999.

⁷³ Pour un commentaire de cette directive, voy. notamment: A. Salaün, "Commerce électronique et protection des consommateurs", disponible sur <http://www.fundp.ac.be>.

⁷⁴ La loi belge du 25 mai 1999 a inséré dans l'article 77 de la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur un § 2, rédigé comme suit: *"La présente section ne s'applique pas aux contrats portant sur les services financiers. Dans les conditions et compte tenu des modalités qu'il détermine le cas échéant, le Roi peut, par arrêté délibéré en Conseil des Ministres, déclarer certaines dispositions de la présente section applicables aux contrats portant sur les services financiers ou à des catégories d'entre eux."*

⁶⁷ Annexe à la directive point q).

⁶⁸ Mon. 29 août 1991.

⁶⁹ L'article 19 de la directive impose aux États membres la mise en vigueur des dispositions législatives, réglementaires et administratives nécessaires pour se conformer à la Directive avant le 19 juillet 2001.

⁷⁰ J.O.C.E. 19 janvier 2000, N° L 13/12 à 13/20.

⁷¹ Voyez le considérant 17.

services financiers auprès des consommateurs. Suite à une résolution législative du Parlement européen adoptée le 5 mai 1999, une proposition modifiée de la directive fut finalement présentée le 23 juillet 1999 par la Commission.

Un commentaire exhaustif de la proposition modifiée de directive déborderait le cadre de la présente étude. Nous nous attarderons sur les dispositions de celle-ci qui intéressent le commerce électronique ou qui soulèvent des questions en rapport avec celui-ci.⁷⁵

1. La définition du "support durable" (article 2)

"Tout instrument permettant au consommateur de conserver des informations qui lui sont adressées personnellement et spécifiquement, et qui sont contenues notamment sur des disquettes informatiques, des CD-roms ainsi que le disque dur de l'ordinateur du consommateur stockant des courriers électroniques". La définition du "support durable" a été fortement simplifiée par rapport au texte précédent, qui prévoyait notamment que le support devait être tel qu'il permette au consommateur d'imprimer l'information enregistrée, *"ne pouvant être utilisé que s'il peut être prouvé qu'il est protégé contre toute forme de manipulation, notamment en ce qui concerne le contenu et les parties contractantes"*.

2. Information du consommateur avant la conclusion du contrat (article 3):

L'article 3 § 1 de la proposition de directive prévoit qu'en temps utile avant la conclusion du contrat, le consommateur doit bénéficier d'une série d'informations préalables⁷⁶.

L'article 3 § 2 prévoit que ces informations, dont le but commercial doit apparaître sans équivoque, doivent être fournies de manière claire et compréhensible⁷⁷ par tout moyen adapté à la technique de communication à distance utilisée. Par conséquent, en toute logique, dès lors que la technique de communication à distance utilisée est in-

ternet, les informations préalables à la conclusion du contrat devraient pouvoir être "fournies" par affichage sur le site web du prestataire financier⁷⁸, sans qu'il soit nécessaire en outre qu'elles soient communiquées avant la conclusion du contrat par un autre moyen (courrier électronique etc.) au candidat investisseur.

Il est à noter qu'en pareille hypothèse les articles 5 et 6 de la proposition de directive modifiée du premier septembre 1999 sur le commerce électronique⁷⁹, qui s'applique à tous les "services de la société de l'information"⁸⁰, sans exclure les services financiers⁸¹, auront vocation à s'appliquer: en cas d'adoption et de transposition de cette directive, tout prestataire de services financiers devra également mentionner sur son site web son adresse de courrier électronique, par laquelle le prestataire peut être contacté rapidement et de manière efficace par le consommateur ("hot line"), son numéro de registre de commerce et le lieu où se situe le registre, ainsi que son numéro de T.V.A.

3. Communication des conditions contractuelles et de l'information préalable (article 3bis)

Le fournisseur doit communiquer au consommateur toutes les conditions contractuelles, sur un support papier ou un support durable, ainsi que les informations mentionnées à l'article 3 § 1, présentées de manière claire et compréhensible dès que le contrat a été conclu. La mention de ces informations sur un site web ne suffira plus, le fournisseur devra les communiquer de façon active au consommateur dès la conclusion du contrat.

Il est donc dispensé de cette obligation lorsque les conditions contractuelles et les informations mentionnées à l'article 3 § 1 ont déjà été fournies au consommateur avant la conclusion du contrat sur un support papier ou sur un autre support durable. Le choix du support est à déterminer de commun accord par les parties.

Compte tenu de la définition qui est donnée par la proposition de directive à la notion de "support durable" (voir *supra*), la communication des conditions contractuelles et de l'information préalable pourra s'opérer par simple courrier électronique.

⁷⁵ Le commerce électronique a été particulièrement visé par la Commission, ainsi qu'il ressort notamment du considérant 5: *"Considérant qu'en raison de leur nature immatérielle, les services financiers se prêtent particulièrement aux marchés à distance et que la mise en place d'un cadre juridique applicable à la commercialisation à distance de services financiers doit accroître la confiance du consommateur dans le recours aux nouvelles techniques de commercialisation à distance de services financiers comme le commerce électronique."*

⁷⁶ Telles que l'identité et l'adresse du fournisseur des services financiers ainsi que l'identité et l'adresse du représentant du fournisseur établi dans le pays de résidence du consommateur auquel peut s'adresser celui-ci le cas échéant lorsqu'un tel représentant existe, etc.

⁷⁷ Se pose ici la question de la langue utilisée. Quelle sera la validité de la communication opérée dans une langue que le consommateur ne comprend pas? Le cas est évidemment courant dans le commerce électronique, par nature transnational. Le législateur italien a réglé le problème dans la loi 185/99 qui transpose la directive générale sur les contrats en distance: il appartient au consommateur italien de demander une communication dans sa langue. Cette solution doit être approuvée, sous réserve des sites qui cibleraient une zone géographique déterminée.

⁷⁸ Dans ce sens: L. Thoumyre, "L'échange de consentements dans le commerce électronique", *Lex-Electronica*, volume 5, n° 1, disponible sur <http://www.juriscom.net>.

⁷⁹ Au jour où nous écrivons ces lignes, la proposition de directive du 18 novembre 1998 sur le commerce électronique a en effet été modifiée et présentée en date du premier septembre 1999 par la Commission, suite à l'avis adopté par le Parlement européen en date du 6 mai 1999. Texte de la proposition modifiée disponible sur: <http://europa.eu.int/comm/dg15/fr/media/eleccomm/eleccomm.htm>

⁸⁰ Les services de la société de l'information sont définis comme étant *"tout service presté, normalement contre rémunération, à distance par voie électronique et à la demande individuelle d'un destinataire de services"* (article 2 qui renvoie à la définition donnée par l'article 1^{er} de la directive du 22 juin 1998 prévoyant une procédure d'information dans le domaine des normes et réglementations techniques).

⁸¹ Aux articles 5 et 6 a d'ailleurs été ajoutée la mention "sans préjudice des obligations découlant de la directive 97/7/CE", que la proposition de directive sur les services financiers à distance a vocation à modifier.

De plus, la proposition de directive n'exclut pas que les parties s'accordent sur le choix du support (papier ou courrier électronique) par un échange de consentements "électroniques".

Cette faculté est d'ailleurs conforme à l'article 9 de la proposition modifiée de directive sur le commerce électronique, qui dispose que les États membres veilleront "à ce que leur législation rende possible les contrats par voie électronique".

Par ailleurs, la proposition de directive n'aborde pas à dessein la question de la conclusion en ligne de contrats portant sur les services financiers, la matière étant déjà traitée par les articles 9 à 11 de la proposition modifiée de directive sur le commerce électronique⁸².

4. Droit de rétractation après la conclusion du contrat (article 4)

Dans sa mouture actuelle, le texte communautaire a supprimé le délai de réflexion initialement prévu et l'a remplacé par un droit de rétractation généralisé.

Le consommateur dispose d'un droit de rétractation de 14 à 30 jours, qui peut être exercé par une notification sur un support papier ou sur un autre support durable à la disposition du consommateur et auquel celui-ci a accès.

Le consommateur pourra donc exercer son droit de rétractation en utilisant l'adresse électronique du fournisseur⁸³.

L'article 4.1bis prévoit toutefois des exceptions au droit de rétractation, susceptibles de concerner de nombreuses opérations d'on line trading⁸⁴.

5. Paiement par carte (article 8bis)

⁸² Pour mémoire, l'article 10 est relatif aux informations devant être fournies par le prestataire avant la conclusion du contrat en ligne (explication claire des différentes étapes à suivre pour conclure le contrat etc.). Quant à l'article 11, il traite précisément du moment auquel le contrat est réputé conclu: lorsque le destinataire du service a reçu, par voie électronique, de la part du prestataire l'accusé de réception de l'acceptation du destinataire de service (acceptation réalisée par exemple en cliquant sur un icône affiché sur une page web). La proposition modifiée a donc simplifié le système initialement préconisé par la Commission, qui prévoyait que le destinataire du service devait en outre confirmer la réception de l'accusé de réception.

⁸³ Le délai de rétractation commence à courir à compter soit de la conclusion du contrat, lorsque les conditions contractuelles et les informations ont été fournies au consommateur préalablement à la conclusion du contrat, soit à compter du jour de la réception de ceux-ci lorsque le contrat est conclu à la demande expresse du consommateur avant que les conditions contractuelles et les informations ne lui aient été communiquées.

⁸⁴ Il s'agit en particulier de certains "services financiers pour lesquels l'exercice du droit de rétractation pourrait entraîner un risque de spéculation". Voir exposé des motifs, p. 7. Sont notamment visés les contrats portant sur des opérations de change ou les contrats portant sur la réception, la transmission et/ou l'exécution d'instructions et la prestation de services relatives aux produits financiers suivants: instruments du marché monétaire, titres négociables, OPCVM et autres systèmes de placement collectif, contrats à termes et options, instruments sur taux de change et taux d'intérêts dont le prix dépend des fluctuations du marché financier que le fournisseur n'est pas en mesure de contrôler.

"Les États membres veillent à ce que des mesures appropriées existent pour que le consommateur:

- puisse demander l'annulation d'un paiement en cas d'utilisation frauduleuse de sa carte de paiement dans le cadre de contrats couverts par la présente directive;
- dans un tel cas d'utilisation frauduleuse, soit remboursé des sommes versées en paiement, ou se les voit restituées".

Cette disposition est la reproduction de l'article 8 de la directive du 20 mai 1997 relative aux contrats à distance.

La protection consacrée par le législateur communautaire est restrictive à un double titre: d'une part, les moyens de paiement tels que la "monnaie de réseau"⁸⁵ ne sont pas visés et, d'autre part, les incidents de paiement résultant d'une mauvaise exécution, d'une inexécution ou d'une négligence sont exclus⁸⁶.

Toutefois, la Recommandation de la Commission Européenne du 30 juillet 1997 "concernant les opérations effectuées au moyen d'instruments de paiement électronique, en particulier la relation entre émetteur et titulaire", vient compléter l'arsenal législatif communautaire.

Cette recommandation, que les États membres devaient mettre en œuvre au plus tard le 31 décembre 1998, s'applique à tous les types de paiement (réalisés à distance ou non), et pose le principe selon lequel le titulaire de l'instrument de paiement ne peut être tenu pour responsable si l'instrument de paiement a été utilisé sans présentation physique ou sans identification électronique. Ainsi, la seule utilisation d'un code confidentiel, ou de tout élément d'identification similaire, ne suffit pas pour engager la responsabilité du titulaire: celui-ci ne sera donc pas engagé par une simple communication du numéro apparent de sa carte⁸⁷.

Il va sans dire qu'un tel régime est source d'une immense insécurité juridique pour les prestataires de services en ligne, à l'heure où les paiements sur internet s'effectuent encore dans la grande majorité des cas par cartes de crédit. L'adoption de la directive sur les signatures électroniques devrait toutefois apporter une solution, dans la mesure où la communication du numéro de la carte de crédit pourra s'opérer en même temps qu'une identification électronique certaine et valable du titulaire de la carte⁸⁸.

⁸⁵ Il est à noter que la Commission a présenté le 29 juillet 1998 des propositions visant à doter le marché unique d'un cadre réglementaire clair en ce qui concerne la monnaie électronique, documents disponibles sur <http://europa.eu.int/comm/dg15/fr/finances/general/727.htm>

⁸⁶ A. Salaün, *o.c.*, p. 9.

⁸⁷ La loi belge précitée du 25 mai 1999 a transposé la Recommandation européenne, et a repris cette limitation de responsabilité (article 81 § 5).

⁸⁸ Toutefois, il convient de préciser que la signature électronique ne permet pas la confidentialité. Celle-ci ne pourra être assurée qu'en recourant à une autre mesure de sécurité, telle que le système SET qui utilise conjointement la signature digitale, le certificat et différents types d'algorithmes de cryptographie.

6. Communications non sollicitées (article 10)

"L'utilisation par un fournisseur des techniques suivantes nécessite le consentement préalable du consommateur:

- système automatisé d'appel sans intervention humaine (automate d'appel);
- télécopieur.

Les États membres veillent à ce que les techniques de communication à distance autres que celles visées au § 1, lorsqu'elles permettent une communication individuelle:

- a) ne soient pas autorisées si elles n'ont pas obtenu le consentement des consommateurs concernés;*

ou

- b) ne puissent être utilisées qu'en l'absence d'opposition manifeste du consommateur".*

L'alternative offerte aux États membres par cette proposition d'article ne manque pas de surprendre.

En effet, en ce qui concerne les techniques de communication à distance autres que les systèmes automatisés d'appels et les télécopieurs, le courrier électronique étant ici particulièrement visé, tant la directive générale relative à la protection des consommateurs en matière de contrats à distance (article 10) que la proposition modifiée de directive sur le commerce électronique (article 7.2) consacrent le système dit de l'opt-out, à savoir qu'il appartient au consommateur d'effectuer la démarche pour s'opposer aux communications non sollicitées par courrier électronique.

Par conséquent, si la mouture actuelle devait être finalement adoptée, le risque serait grand de voir s'instaurer dans l'Union européenne un régime à deux vitesses: l'un pour les services financiers, dans l'hypothèse où certains États membres opteraient pour la première branche de l'alternative (système de l'opt-in, les communications électroniques non sollicitées relatives à des services financiers étant interdites sans le consentement préalable des consommateurs concernés), et l'autre pour les services non financiers, en principe soumis dans tous les États membres au système de l'opt-out (sous réserve de l'application de la "clause minimale" prévue à l'article 14 de la directive générale sur les contrats à distance⁸⁹).

Une telle incohérence entre les textes communautaires est regrettable.

A l'instar d'un projet de loi fédérale américaine⁹⁰, il eût été préférable que le législateur européen opte définitivement pour le système de l'opt-in sans distinction entre les services offerts sur internet.

En effet, le développement du commerce électronique entraîne une prolifération exponentielle des courriers électroniques non sollicités, et leur cortège de désagréments pour l'internaute, consommateur ou professionnel: engorgement des boîtes électroniques, augmentation des factures téléphoniques due au téléchargement des messages non sollicités⁹¹, voire désorganisation au sein de certaines entreprises particulièrement visés par les "spammers"⁹².

En tout état de cause, la discrimination opérée entre, d'une part, les pratiques plus traditionnelles de communications non sollicitées au moyen de systèmes automatisés d'appel ou de télécopieurs, et d'autre part, les communications non sollicitées par courrier électronique nous paraît totalement injustifiée.⁹³

⁸⁹ Projet de loi soutenu par la *House Commerce Committee*, voy. E. Labbe, "Spamming et législation américaine: vers un projet fédéral décisif", *Lamy Droit de l'informatique et des réseaux* mai 1999, n° 114, p.18.

⁹⁰ Il nous semble d'ailleurs que la consécration du système de l'opt-in serait conforme au souci légitime du législateur communautaire de veiller à ce que les mesures visées aux § 1 et 2 de l'article 10 de la proposition de directive sur la vente à distance de services financiers n'entraînent pas de frais pour les consommateurs (article 10.3). La reconnaissance du système de l'opt-out n'est-il pas en contradiction avec une telle préoccupation?

⁹¹ Il aisé d'imaginer la perturbation que peut causer la réception journalière de centaines de messages non sollicités, comme c'est le cas dans certaines sociétés américaines, à tel point que les cas de dépression se multiplient parmi les employés débordés par le tri des messages que leur impose le spamming. Il est intéressant de relever que l'État de Californie a fait choix d'un système intermédiaire: deux lois, entrées en vigueur le 1er janvier 1999, d'une part, imposent aux expéditeurs de courriers électroniques à but commercial d'indiquer dans l'objet du message la mention "ADV" ou "ADV: ADLT" lorsque le message est relatif à un bien ou un service interdit aux moins de 18 ans, et, d'autre part, reconnaît à chaque fournisseur d'accès à internet le droit d'interdire l'envoi de courriers électroniques non sollicités vers son serveur par la publication de sa politique d'interdiction via le web. Les contrevenants sont passibles d'une amende de 50 dollars par message et d'un maximum de 25.000 dollars par jour. L'avantage d'un tel système pour l'internaute réside dans la possibilité qui lui est ainsi offerte de choisir son fournisseur d'accès en fonction de sa politique affichée en matière de "spamming". E. Labbe, *op.cit.*, p.18. Il est à noter que c'est en partie le système retenu par la proposition modifiée de directive européenne sur le commerce électronique, en son article 7.1: "*Les États membres prévoient dans leurs législations que la communication commerciale non sollicitée par courrier électronique doit être identifiée comme telle, d'une manière claire et non équivoque, dès sa réception par le destinataire*".

⁹² Il est à noter que la loi belge du 25 mai 1999 a transposé l'article 10 de la directive générale relative aux contrats à distance, mais en réservant la possibilité pour le Roi d'étendre la liste des techniques de communication à distance dont l'utilisation nécessite le consentement préalable du consommateur. Un arrêté royal pourrait donc inclure la communication non sollicitée par courrier électronique dans le système belge de l'opt-in.

⁸⁹ L'article 14 prévoit en effet que: "*Les États membres peuvent introduire ou maintenir, dans les zones couvertes par cette Directive, des dispositions plus strictes et compatibles avec le Traité, afin d'assurer un meilleur niveau de protection du consommateur.*"

La commission des lois du Parlement autrichien, usant de cette faculté, a voté en juillet 1999 un amendement à la loi sur les télécommunications visant à restreindre plus sévèrement la pratique du spamming. Selon le principe de l'opt-in, les émetteurs devraient désormais obtenir l'accord des consommateurs préalablement à tout envoi de courriers électroniques commerciaux. Cet accord pourra être donné par inscription sur une liste spécifique. L'amendement à la loi autrichienne sur les télécommunications est disponible sur le site EuroCAUCE: http://www.euro.cauce.org/fr/countries/c_at.html. Pour un commentaire de la loi: <http://www.juriscom.net/elaw/e-law12.htm>. A noter que l'Italie a également suivi cette voie en transposant la directive 97/7/CE sur les contrats à distance (loi 185/99).

7. *Recours judiciaire et administratif (article 12)*

Les États membres devront veiller à mettre en place des procédures adéquates et efficaces de réclamation et de recours en vue du règlement des litiges entre fournisseurs et consommateurs.

En particulier, ils veilleront à permettre notamment aux organisations de consommateurs de saisir les tribunaux ou les organismes administratifs compétents pour faire appliquer les dispositions nationales destinées à la mise en œuvre de la directive.

Ce régime devra être complété par l'obligation que l'article 18 de la proposition modifiée de directive sur le commerce électronique met à charge des États membres d'instituer également des procédures de référé appropriées.

Par ailleurs, comme dans le cadre de la directive générale sur les contrats à distance, les États membres devront prendre les mesures nécessaires pour que les opérateurs et fournisseurs de techniques de communication à distance, lorsqu'ils sont en mesure de le faire et sur la base d'une décision de justice, d'une décision administrative ou d'une autorité de contrôle qui leur est notifiée, mettent fin aux pratiques déclarées non conformes aux dispositions de la directive.

Ce faisant, la proposition de directive vise les fournisseurs d'accès et les fournisseurs d'hébergement, qui pourraient ainsi être requis de supprimer l'accès à un site contrevenant aux dispositions de la directive.

Un tel régime semble plus large que celui instituée par la proposition modifiée de directive sur le commerce électronique (articles 12 à 14, relatifs à la responsabilité des intermédiaires, à savoir les fournisseurs d'accès et d'hébergement), dans la mesure où celui-ci ne réserve que la possibilité d'une action judiciaire en cessation à l'encontre du fournisseur de la technique de communication à distance, sans autoriser des mesures contraignantes qui seraient prises par un organisme administratif ou une autorité de contrôle.

Nous regrettons à nouveau cette incohérence, source de discrimination.

8. *Recours extrajudiciaire (article 12bis)*

"Les États membres incitent les organes extrajudiciaires institués en vue du règlement extrajudiciaire des litiges à coopérer pour résoudre les litiges transfrontières".

Il est à noter à cet égard que la proposition de directive sur le commerce électronique prévoit que les États membres devront veiller à instaurer des mécanismes de règlement extrajudiciaire des différends, y compris par les voies électroniques appropriés (article 17).

5. Les règles de conduite: obligations de connaître et d'informer le client

L'article 36 § 1^{er}, de la loi du 6 avril 1995 oblige les intermédiaires financiers:

"(...) 2° à servir au mieux les intérêts de leurs clients, avec la compétence, le soin et la diligence qui s'imposent, compte tenu du degré de connaissance professionnelle de ces clients;

(...) 5° à faire des démarches raisonnables pour fournir, dans un délai raisonnable, au client qu'ils conseillent, dans une langue compréhensible, toute information qui lui permet de prendre une décision bien réfléchie en connaissance de cause".

L'application de ces règles de conduite pose un problème particulier en matière de *trading on line* dans la mesure où celui-ci se caractérise par une absence de contact "direct" ou "vocal" entre l'intermédiaire et le client, qui peut passer directement à un ordre sans avoir été informé ou mis en garde par l'intermédiaire sur le risque éventuel de l'opération (système de l'"execution only").

Toutefois, l'obligation d'information du client, telle que formulée à l'article 36 § 1, 5° précité, ne semble s'appliquer qu'au client que l'intermédiaire conseille.

Elle ne s'appliquerait donc pas à des prestations de simple exécution d'ordre de bourse si le donneur d'ordre n'est pas conseillé par l'intermédiaire⁹⁴. Une telle limitation ne se retrouve pas dans l'article 11 de la directive européenne du 10 mai 1993 sur les services d'investissement, que la loi du 6 avril 1995 a transposé.⁹⁵

Dans sa note du 9 mars 1999, la Commission bancaire et financière reconnaît que *"l'article 36, § 1^{er}, 5°, impose à l'intermédiaire un devoir d'information préalable s'il conseille le client concerné. On peut en déduire qu'il peut se soustraire à cette obligation si sa relation avec le client exclut la fourniture de conseils"*⁹⁶.

Toutefois, elle est favorable à l'instauration d'obligations minimales, telles que la définition préalable du profil et

⁹⁴ Dans ce sens: D. Feron et B. Tavernier, *"Principes généraux du droit des marchés financiers"*, Larcier (éd.), Bruxelles, 1997, p. 297.

⁹⁵ L'article 11 de la directive dispose en effet que: *"Les États membres établissent des règles de conduite que les entreprises d'investissement sont tenues d'observer à tout moment. Ces règles doivent mettre à exécution au moins les principes énoncés aux tirets figurant ci-dessous et doivent être appliquées de manière à tenir compte de la nature professionnelle de la personne à laquelle le service est fourni. ... Ces principes obligent l'entreprise d'investissement: ... à s'informer de la situation financière de ses clients, de leur expérience, en matière d'investissement et de leurs objectifs en ce qui concerne les services demandés;*

à agir avec la compétence, le soin et la diligence qui s'imposent au mieux des intérêts de ses clients et de l'intégrité du marché;
à communiquer d'une manière appropriée les informations utiles dans le cadre des négociations avec ses clients".

⁹⁶ C'est la raison pour laquelle la CBF insiste pour que l'intermédiaire définisse, dans son contrat avec le client, si – et le cas échéant à quelles conditions – des conseils seront fournis, notamment en ce qui concerne les ordres transmis par internet.

des connaissances du client en matière de placement, en appliquant le cas échéant, des limites dans les opérations autorisées, le suivi des opérations pour vérifier dans quelle mesure le client fait preuve de bon sens et d'une stratégie de placement réfléchie (notamment par l'établissement de mécanismes de contrôle *a posteriori* permettant à l'établissement de détecter d'éventuelles opérations anormales), ou la diffusion, soit sur son site Web, soit via des liens hypertextes, d'informations génériques sur les placements et sur l'évolution générale des marchés.

A cet égard, l'Association Belge des Banques (ABB), dans sa note en réponse au processus de consultation initié par la CBF, estime qu'il "n'appartient pas à la banque de vérifier *a priori*, ni de contrôler *a posteriori* le caractère opportun de chaque opération souhaitée par le client".

De plus, selon l'ABB, de tels contrôles *a posteriori* ne seraient pas faisables dans la pratique.

Pourtant, certains "cyber-brokers" américains ont précisément instauré des procédures de contrôle *a posteriori* de leur système de trading dans le but de détecter d'éventuelles irrégularités, notamment par l'établissement de rapports, journaliers, hebdomadaires et mensuels, concernant l'évolution des comptes-clients, rapports ensuite soumis à la critique de "compliance officers"⁹⁷.

Il convient de rappeler que, même si l'article 36 § 1^{er}, 5^o, de la loi du 6 avril 1995 peut être interprété comme dispensant l'intermédiaire de tout devoir d'information lorsque la relation contractuelle avec le client exclut le conseil, il n'en demeure pas moins que le § 1^{er}, 2^o du même article impose à l'intermédiaire de tenir compte du degré de connaissance professionnelle de ses clients dans le cadre des services qu'il lui procure, et ce, sans exception. A ce titre, les obligations minimales recommandées par la CBF, et conçues de manière raisonnable, doivent être approuvées.

Dans son rapport sur "Les marchés financiers à l'heure d'internet" du 19 novembre 1998, l'autorité de régulation française (COB), va dans le même sens:

"Parmi les règles de conduite applicables à la fourniture de services d'investissements et à la commercialisation de produits financiers, les règles relatives à la relation avec le client sont tout particulièrement cruciales, même si l'absence de contact "direct" ou "vocal" entre le client et le prestataire rend vraisemblablement leur mise en œuvre plus délicate.

Deux règles, connaître son client et adapter sa prestation, doivent trouver une application concrète lors de la configuration des sites offrant un produit ou un service financier.

A cet égard, on peut relever qu'en vertu du règlement de la COB n° 96-03, la commercialisation d'un OPCVM en France doit être conforme au respect des règles de bonne conduite.

Les vendeurs de produits financiers sur internet doivent par conséquent s'attacher à définir les modalités leur permettant de mieux apprécier le profil de risques des investisseurs-internautes (questionnaire-test ...).

En outre, la COB appelle de ses vœux l'élaboration par le secteur financier d'un Code de conduite:

"Une coopération des acteurs (professionnels de la gestion et de l'intermédiation financière) permettant de déterminer des standards communs en la matière serait sans doute préférable à la définition réglementaire de telles normes. À défaut, il appartiendrait au régulateur de préciser les modalités d'application des règles de conduite applicables dans chaque juridiction".

Toutefois, au niveau international, l'OICV a recommandé que les intermédiaires financiers continuent, même dans le cadre du trading en ligne, à se procurer des informations suffisantes et vérifiables à propos de leurs clients, au moyen de questionnaires en ligne ou autrement, et qu'ils fassent en sorte de fournir les conseils appropriés⁹⁸.

A l'instar de l'autorité de régulation américaine, la Securities and Exchange Commission (SEC)⁹⁹, nous ne pensons pas que le conseil personnalisé traditionnel soit requis dans le cadre du trading en ligne. Outre le fait que la loi belge n'impose que l'obligation de "connaître son client" (même en dehors d'un contrat qui implique la fourniture de conseils), la technique vient à la "rescousse" des consommateurs, en leur offrant, selon les cas, des pages "pédagogiques" sur les termes financiers utilisés

⁹⁸ OICV, "Securities Activity on the internet", septembre 1998, p. 32, rapport disponible sur <http://www.iosco.org>.

⁹⁹ L'obligation de fournir une prestation adaptée, au titre de règle de conduite ("investor suitability"), est également de rigueur aux États-Unis. Ainsi, la National Association of Securities Dealers (NASD) s'est d'abord déclarée préoccupée par l'absence de contact face à face entre l'intermédiaire et le client et par les risques inhérents à un tel système en terme de respect des règles de conduite. Ph. Rutledge, "The internet, in the stores and financial markets: recent U.S. developments", *European Financial Services Law* novembre/décembre 1998, p. 277. Finalement, la Securities and Exchange Commission a adopté une position pragmatique en la matière: l'accent est avant tout mis sur la liberté de choix et la responsabilisation du client, à qui il appartient de s'informer sur les risques inhérents à la passation d'ordres via internet. Les obligations des intermédiaires se limitent à fournir des informations fiables et vérifiées sur les produits financiers proposés ainsi que sur les risques liés aux investissements effectués. Il n'y a donc pas à proprement parler d'obligation de conseils personnalisés. La SEC estime qu'internet donne précisément aux clients un accès à un très large éventail d'informations qui n'étaient auparavant disponibles que pour les seuls investisseurs professionnels. Voy. la conférence de presse donnée par Arthur Levitt, Président de la SEC, "Plain talk about on-line investing", 4 mai 1999, <http://www.sec.gov/news/speeches/spch274.htm>; le communiqué de presse du 5 mai 1999 de la SEC, "SEC Chairman Arthur Levitt discusses risks and rewards of on-line trading", <http://www.sec.gov/news/levnpc2.htm>; E.C. Hunt, "Can we prevent investors from crashing on the information super highway?", compte-rendu de l'exposé présenté le 26 mai 1999 dans le cadre de la conférence "internet and securities markets" organisée par l'Organisation Internationale des Commissions de Valeurs à Lisbonne.

⁹⁷ D.M. Bartholomew et D.L. Murphy, "The internet and securities regulations: what's next?", *Securities Regulations Law Journal*, été 1997, pages 185 et 186.

(explication des concepts de sensibilité, d'exposition aux risques ou de volatilité ...), des rapports détaillés sur les titres, des logiciels d'analyse et de gestion de portefeuilles, des logiciels d'évaluation des titres, parfois très sophistiqués (analyse technique, optimisation, dynamique chaotique,...), ainsi que des mécanismes simplifiés d'aide à la décision à travers un questionnaire permettant de définir le profil-risque de l'investisseur-internaute. En fonction des caractéristiques de l'investisseur, lui sont proposés des choix de portefeuilles, combinant divers produits commercialisés (diversification selon la classe d'actifs et selon les secteurs économiques et géographiques). De surcroît, dans un avenir proche, des programmes d'intelligence artificielle seront également proposés afin d'aider, de manière personnalisée, les clients à prendre des décisions éclairées sur leurs investissements¹⁰⁰. La COB souligne à cet égard que "*internet rend alors l'investisseur plus intelligent et mieux au fait du monde de la finance*"¹⁰¹.

Toutefois, deux réserves devraient être émises.

La première a trait aux recommandations d'achat de titres susceptibles d'émaner d'un prestataire opérant en ligne en dehors de toute obligation contractuelle de conseil, par exemple au moyen de bannières affichées sur son site web ou par courriers électroniques. En pareille hypothèse, le prestataire devrait être particulièrement attentif à fournir un service adapté aux clients concernés, sous peine d'engager sa responsabilité. Aux États-Unis, telle est la réserve exprimée de longue date par la SEC et la National Association of Securities Dealers (NASD)¹⁰².

La seconde réserve concerne le "*day trading*", pratique spéculative qui s'amplifie, surtout aux États-Unis. Le *day trading* est né de la grande volatilité de certains marchés financiers d'Outre-Atlantique, ainsi que de la possibilité de pouvoir passer ses ordres par internet très rapidement et à moindre coût. La réussite de certains *day traders*, répercutée par la presse, a généré un véritable engouement pour cette pratique. Des sociétés de courtage spécialisées dans le *day trading* ont même vu le jour. Elles sont aujourd'hui plus d'une centaine aux États-Unis. En général, elles se désintéressent du passé financier de leurs clients, ainsi que de leurs profil et connaissances. Parfois, elles accordent même des prêts au-delà des limites légales¹⁰³.

Avec l'apparition du *day trading*, certains professionnels du secteur affirment que la spéculation a changé de visage. Les *day traders* ne s'attardent plus seulement sur les chiffres des sociétés dans lesquelles ils souhaitent inves-

tir. Ils sont surtout attentifs aux habitudes de hausse et de baisse quotidiennes, dans l'espoir de profiter des anomalies du marché et gagner sur les petites différences de valeur ainsi générées. Une telle spéculation ne se fait pas sans dommages. Les gagnants de la première heure peuvent tout perdre en quelques minutes et utiliser prêts, épargne de retraite, bourse d'étude pour combler leurs pertes ...

Face à ce phénomène, les autorités de régulation américaines ne sont pas restées inactives. Le 20 août 1999, la NASD a ainsi déposé auprès de la SEC une proposition de règlement qui vise à interdire à tout *broker*, faisant la promotion directe ou indirecte du *day trading*, d'ouvrir un compte à un client "non institutionnel" (consommateur ou PME) s'il n'a pas (i) préalablement fourni au client un "*risk disclosure statement*" dont le texte est arrêté par le règlement et (ii) approuvé l'ouverture du compte après avoir passé au crible le client afin de déterminer si ce type de spéculation lui convient effectivement, compte tenu de sa situation financière, de son passé d'investisseur ou de spéculateur et de ses objectifs d'investissement. Le *broker* peut toutefois se passer d'un tel contrôle s'il obtient du client l'engagement écrit qu'il n'utilisera pas le compte aux fins d'une "stratégie de *day trading*". Si, en cours de contrat, le *broker* a connaissance du fait que le client utilise en réalité son compte pour réaliser des opérations de *day trading*, il devra "geler" le compte aussi longtemps qu'il ne l'aura pas "approuvé" selon la procédure décrite plus haut. Se pose donc ici la question de la surveillance des clients et des contrôles *a posteriori* de leurs opérations. La surveillance est certainement une solution possible. Des logiciels spécifiques ont d'ailleurs été créés pour permettre de détecter de telles pratiques. Toutefois, la meilleure réponse à terme est probablement la prévention, à l'instar de la politique suivie par la SEC américaine (Securities and Exchange Commission), qui dédie une partie de son site à l'éducation des investisseurs¹⁰⁴.

6. Délits financiers liés à l'usage d'internet

6.1. Les délits d'initiés

À côté des fonctions transactionnelles, de nombreux établissements de crédit et intermédiaires diffusent sur leurs sites de l'information financière, parfois abondante et détaillée, ou des communiqués. Quelques uns organisent même des forums de discussion sur l'évolution des marchés financiers.

La question qui se pose ici est celle du délit d'initié. En effet, l'un des éléments constitutifs du délit¹⁰⁵ est l'existence d'une information privilégiée qui n'a pas été rendue

¹⁰⁰ Le premier "broker virtuel" au monde, Schwab (<http://www.schwab.com>), propose même, depuis quelques mois, une "hotline" multilingue, accessible 24h sur 24h, et qui permet à tout client de s'entretenir avec un conseiller en placements.

¹⁰¹ COB, "Les marchés financiers à l'heure d'internet", 19 novembre 1998, disponible sur le site <http://www.cob.fr>.

¹⁰² B.A. Bell, "Online trading losses and suitability claims against e-brokers", <http://www.simpsonthatcher.com/memos/art011.htm>

¹⁰³ Ianthe Jeanne Dugan, "At day trading firms, price is paramount", *Washington Post* 30 juillet 1999.

¹⁰⁴ <http://www.sec.gov/>

¹⁰⁵ Article 181 de la loi du 4 décembre 1990 relative aux opérations financières et aux marchés financiers.

publique, c'est-à-dire qui n'a pas été diffusée par un moyen de communication de masse.

Internet est-il un moyen de communication de masse, assimilable à la presse écrite ou audiovisuelle?

S'agissant du web, et de ses dizaines de millions d'utilisateurs réguliers à travers le monde, la réponse positive est tentante.

Toutefois, l'autorité de régulation néerlandaise – *Stichting Toezicht Effectenverkeer (STE)* –, dans sa note circulaire du 14 juin 1999, est d'un avis différent. En effet, selon la STE, une publication sur internet ne peut être assimilée à une communication "disponible publiquement" au sens de la loi néerlandaise sur le délit d'initié. Dans sa recommandation de mai 1999 relative à la diffusion sur internet d'informations financières, l'autorité de régulation française, la COB, a adopté une position plus réaliste, en admettant qu'une information susceptible d'avoir une incidence significative sur le cours de Bourse puisse être effectuée simultanément sur internet et sur les autres supports de diffusion habituellement utilisés¹⁰⁶.

En tout état de cause, quelle que soit la juridiction dont dépend le prestataire, la prudence impose de ne pas diffuser sur le web des informations financières susceptibles d'influencer de manière sensible le cours d'un instrument financier, si elles n'ont pas été préalablement ou simultanément rendues publiques dans les médias "traditionnels".

Quant aux forums de discussion, il ne peut certainement pas être soutenu qu'ils constituent des "moyens de communication de masse". La risque y est donc accru que la divulgation d'une information sensible y soit qualifiée de délit d'initié¹⁰⁷.

6.2. La manipulation ou la tentative de manipulation de cours par le recours à des moyens frauduleux quelconques (article 148 § 2 de la loi du 6 avril 1995).

Une manipulation de cours peut revêtir la forme d'une dissémination d'informations ou de rumeurs¹⁰⁸.

Des informations fausses ou trompeuses sont susceptibles de circuler à grande échelle sur le web, par exemple dans le but de faire varier le cours d'un ou de plusieurs titres, que ce soit par l'intermédiaire d'un site web, par le biais de forums de discussion, de lettres d'informations élec-

troniques ("newsletters") ou par l'envoi massif de courriers électroniques.

Dans les forums de discussion, il est aisé de faire croire à l'existence d'un grand nombre d'intervenants partageant la même opinion, pour une seule personne se dissimulant derrière plusieurs pseudonymes ou alias. En outre, les émetteurs de messages peuvent mêler à des informations exactes de fausses informations sans que cela puisse être aisément visible pour le récepteur. Par exemple, grâce à la création de liens hypertextes, un titulaire de site peut lier sa page à une autre page émise par un intermédiaire financier renommé ou une autorité de régulation financière.

Aux États-Unis, l'éditeur d'une lettre d'information financière publiée sur internet a été condamné à 12 mois d'emprisonnement pour avoir recommandé dans sa "newsletter" l'achat d'actions de la société *Systems of Excellence*, alors qu'il avait préalablement reçu 250.000 actions de la société des mains de son directeur général. L'éditeur, après avoir suscité la spéculation au sein de ses lecteurs, revendit ses actions, en encaissant au passage une plus value considérable¹⁰⁹.

7. Obligation en matière de politique générale et d'organisation

En vertu de l'article 62 de la loi du 6 avril 1995, les sociétés de bourse et les établissements de crédit doivent disposer d'une structure de gestion, d'une organisation administrative et comptable et de mécanismes de contrôle et de sécurité dans le domaine informatique appropriés aux activités qu'ils exercent ainsi que des procédures de contrôle interne¹¹⁰.

Sans entrer dans les détails, parmi les points relevés par la CBF en matière d'organisation, on peut citer notamment l'obligation de s'assurer de la sécurité de son site, au besoin en recourant à des certifications d'organisations indépendantes, la nécessité d'identifier le client pour se conformer à la loi du 11 janvier 1993 sur le blanchiment de capitaux (voir *supra*), les procédures de conservation des versions successives du site et des ordres électroniques passés par les clients, la détermination précise du cadre contractuel avec les clients (utilisation du mot de passe confidentiel, opérations visées et plafonds autorisés

¹⁰⁶ Il est intéressant de relever que la COB estimait en novembre 1998 que "toute information susceptible d'avoir une incidence significative sur le cours de bourse doit faire l'objet d'une diffusion effective et intégrale par communiqué avant d'être disponible sur internet". Sa position s'est donc assouplie à cet égard. Documents disponibles sur <http://www.cob.fr>.

¹⁰⁷ Th. Verbiest, o.c. Sur les aspects internationaux du délit d'initié (détermination du lieu de réalisation du délit d'initié et compétence des tribunaux belges), voy.: Ph. Lambrechts, "Le point à propos du délit d'initié", *Rev. Dr. U.L.B.* 1997, page 101.

¹⁰⁸ B. Feron, B. Tavernier, o.c., p. 231.

¹⁰⁹ Ph. Rutledge, o.c., p. 281. Les poursuites avaient été initiées par la SEC, laquelle a, en 1998, créé en son sein une "cyberforce" réunissant plus de 200 juristes, experts et analystes financiers spécialisés dans le dépistage des fraudes financières sur internet. Voy. le communiqué de presse de la SEC du 16 mai 1999 "SEC steps up nationwide crackdown against internet flow charging 26 companies and individuals for bogus securities offerings", <http://www.sec.gov/news/secsnets0599.htm> et le résumé des actions intentées par la SEC contre des fraudeurs sur internet.

¹¹⁰ Les établissements de crédit sont en outre soumis à l'article 20 de la loi du 22 mars 1993, qui énonce l'obligation générale de disposer d'une structure de gestion, d'une organisation administrative et comptable et d'un contrôle interne approprié aux activités qu'ils exercent.

etc.¹¹¹) ainsi qu'avec le fournisseur de la technologie internet (responsabilité en cas de panne du système, la fixation de plafond par investisseur¹¹², garantie de continuité du service en cas de résiliation du contrat), l'établissement de procédures de contrôle en cas d'organisation de "chat rooms" ou de "bulletin boards", le contrôle du choix des liens hypertextes renvoyant à d'autres sites financiers et leur présentation afin de ne pas induire le client en erreur sur la source de l'information¹¹³, etc.

Il est noté qu'en France, le Conseil des Marchés financiers a adopté, en date du 15 septembre 1999, un règlement relatif à la passation d'ordres via internet, qui reprend une partie des points précités, notamment en matière d'obligation dans le chef du prestataire de disposer en permanence d'une capacité suffisante de son système informatisé de réception d'ordres et des équipements alternatifs proposés à la clientèle en cas de panne des systèmes informatiques (téléphone et/ou télécopie)¹¹⁴.

Conclusion

Au terme de notre étude, un premier constat s'impose: le cadre légal et réglementaire applicable à la commercialisation à distance des services financiers nécessite encore des aménagements pour s'adapter aux réalités du commerce électronique et ne pas entraver son développement.

Sur le plan international, il ne serait pas inutile, selon nous, d'envisager l'élaboration d'un système de labellisation, à l'image des labels de qualité, qui serait octroyé aux prestataires désireux de commercialiser sur internet des services et produits financiers, à condition bien entendu de définir correctement les conditions qui seraient mises à l'obtention d'un tel label, l'objectif premier étant

de renforcer la confiance tant des investisseurs que des autorités de contrôle.

Par ailleurs, l'interprétation traditionnelle de la notion de document probant au sens de la législation sur le blanchiment d'argent représente une entrave à la libre circulation des services financiers en ce qu'elle interdit, ou à tout le moins complique, l'ouverture à distance de comptes.

Cependant, la technologie peut être le remède, à condition qu'elle assure la fonction d'identification dans le respect des principes légaux relatifs à la lutte contre le blanchiment, tout en ne méconnaissant pas d'autres intérêts également dignes de respect, telles que les exigences de protection de la vie privée.

En ce qui concerne la force probante des documents électroniques, notre souhait est que les travaux parlementaires visant à réformer notre régime de la preuve aboutissent rapidement et ce en application de la récente directive européenne. A défaut, aucune confiance dans les transactions par voie électronique ne sera réellement possible.

L'initiative de la Commission européenne concernant la commercialisation à distance des services financiers répond à un besoin et doit être saluée à ce titre. Toutefois, une réflexion de fond est encore nécessaire sur une série de questions, afin d'éviter certaines incohérences que nous avons relevées. Nous pensons notamment aux communications non sollicitées.

En ce qui concerne l'obligation de connaître et d'informer le client, il conviendrait d'en clarifier la portée, tant il serait source d'insécurité juridique de laisser subsister une incertitude à cet égard.

Plus fondamentalement encore, il faudra dans un avenir proche réserver un sort au "day trading".

Dans cette perspective, l'éducation et l'information des investisseurs seront des priorités. Ce constat est en outre tout aussi valable pour les délits financiers liés à l'usage d'internet. Une telle information devra être assurée par les autorités de régulation et par les prestataires, en particulier par le biais de leurs sites web.

C'est d'ailleurs l'une des principales recommandations de l'OICV.

Laetitia ROLIN JACQUEMYNS,
chargée de recherches, Centre de Recherche
Informatique et Droit, Facultés universitaires
Notre-Dame de la Paix (Namur)
DES en Droit et Gestion des Technologies de
Information et de la Communication (DGTIC)
et

Thibault VERBIEST,
avocat au Barreau de Bruxelles,
licencié en droit économique

¹¹¹ Dans sa note en réponse, l'Institut des Réviseurs d'Entreprises précise à cet égard qu'il est essentiel que le site soit configuré de manière telle qu'il permette un accès inconditionnel par les clients potentiels aux conditions générales qui seraient appliquées si l'opération devait être conclue. Cette observation doit être approuvée. Un tel accès inconditionnel pourrait se réaliser par le biais d'un lien hypertexte bien mis en évidence et accessible avant toute conclusion de contrat. Une autre solution, plus sûre pour le consommateur, serait l'affichage automatique des conditions générales avant toute opération.

¹¹² Précisons à cet égard qu'il est essentiel de rendre impossible toute transaction si le client n'a pas les titres ou l'argent sur son compte de même que s'il n'a pas des ordres en carnet. De plus, pour que ce système ne soit pas faussé par des *traders* très actifs qui feraient plusieurs opérations par jour, il est nécessaire de prévoir une actualisation très régulière du portefeuille (quelques minutes).

¹¹³ Dans un document de décembre 1998 intitulé "Projet d'instructions canadienne 11-201 sur la transmission de documents par des moyens électroniques", les "Autorités canadiennes en valeurs mobilières" sont d'avis qu'un *broker* pourrait être tenu pour responsable d'une information fautive extérieure au site mais qui est y accessible par lien hypertexte.

¹¹⁴ La CBF préconise d'ailleurs à cet égard que le prestataire mette en place des modes de communication alternatifs. Cette précaution est en effet essentielle, ainsi que l'illustrent les "class actions" dont le *cyber-broker* E*Trade a fait l'objet aux États-Unis, lorsque, le 28 octobre 1997, ses clients furent dans l'incapacité d'avoir accès au site web transactionnel. Voy. Ph. Rutledge, *o.c.*, p. 277; B.A. Bell, "Online brokerages under siege for trading outages and delays", <http://www.simpsonthatcher.com/memos/art010.htm>, et les autres affaires citées par l'auteur.